Privatrechtliches Gesetzbuch

für den Kanton Zürich

von

Prof. Dr. A. Schneider.

Fritz Krauss-Meierhofer
Basel.

5 Oct. 88.

Gesetzbuch

Privatrechtliches Gesetzbuch

für den

Kanton Zürich.

Auf Grundlage des Bluntschli'schen Kommentars

allgemeinfaßlich erläutert

durch

Dr. A. Schneider, Redaktor des Gesetzes,
ordentlichen Professor an der Universität Zürich.

Mit zahlreichen Figuren in Holzschnitt zum Erbrecht.

Zürich.
Druck und Verlag von F. Schultheß.
1888.

Den Herren

Dr. Aloys von Orelli

ordentlichem Professor des deutschen Rechts an der Universität Zürich

und

Dr. Emil Sträuli

Präsidenten des Obergerichtes zu Zürich

als Zeichen aufrichtiger Freundschaft und Anerkennung

gewidmet.

Vorwort.

Der Kanton Zürich besaß noch in der Mitte dieses Jahrhunderts keinen umfassenden, systematisch angelegten, Kodex des bürgerlichen Rechtes. Die Rechtspflege behalf sich hauptsächlich mit dem Stadt- und Landrechte vom Jahre 1715, großentheils einer Sammlung älterer Rathserkenntnisse, und dem spärlichen und kaum in irgend einer Gegend des Kantons außerhalb seiner Hauptstadt unverändert geltenden Stadterbrechte von 1716. Aber der Ruf nach einer Kodifikation des gesammten Privatrechts war schon vor dem Ende des vorigen Jahrhunderts ertönt; es folgte ihm, trotzdem, daß ein so hervorragender Geist wie Carl Friedrich v. Savigny der Gegenwart den Beruf zur Kodifikation des Rechtes abgesprochen hatte, ein Land um das andere. Am 5. Februar 1794 wurde das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten publizirt; in den Jahren 1803 bis 1807 erschienen die verschiedenen Theile des Code Napoléon, und durch Patent vom 1. Juni 1811 wurde das österreichische Gesetzbuch erlassen. Auf Grundlage der beiden letzteren Werke, bald mehr, bald weniger selbstständig, kodifizirten schon seit der Restaurationszeit eine Reihe schweizerischer Kantone ihr Privatrecht, so 1819 die Waadt, 1824—30 Bern, alter Kantonstheil (G. L. Schnell), 1831 bis 1839 Luzern (Dr. Kasimir Pfyffer), 1837 Tessin, 1834 bis 1849 Freiburg, 1841—47 Solothurn (Präsident Reinert) 1847—1856 Aargau (Fürsprech Feer u. A.).

Schon in den Dreißigerjahren wurde auch im Kanton Zürich eine solche Kodifikation beschlossen; allein die Ausführung unterblieb noch, weil, wie es scheint, ein geeigneter Redaktor nicht gewonnen werden konnte. Da erschienen im Januar 1844 im „Beobachter aus der östlichen Schweiz" zwei treffliche Artikel von Dr. J. C. Bluntschli über die Aufgabe der neuen Gesetzbücher überhaupt und die neuen Gesetzbücher des Auslandes, und damit war der Redaktor gefunden. Der Große Rath übertrug ihm das Werk, und noch im nämlichen Jahre erschien Bluntschli's erster Entwurf des Personen-, Familien- und Erbrechts, im Jahre 1851 der des Sachenrechtes, 1852 der des Obligationenrechts. Die Entwürfe wurden einer Kommission von 15 Sachverständigen vorgelegt, von welchen noch die Professoren Friedrich v. Wyß und Treichler, Kassationsrichter Dr. J. Escher, a. Regierungsrath Hagenbuch und a. Obergerichtsschreiber Tobler am Leben sind. Auf Grundlage der Resultate ihrer Berathungen, über welch letztere das von Obergerichtsschreiber Tobler geführte und im Archiv des Obergerichts liegende Protokoll einen oft sehr erwünschten Aufschluß gibt, pflog alsdann gemäß der damals geltenden Verfassung der Große Rath des Kantons zweimalige Diskussion, und publizirte schließlich die einzelnen Theile des Gesetzes successive wie folgt:

1. Einleitung, Personen- und Familienrecht, §§ 1—473, am 28. Dezember 1853, in Kraft tretend mit 31. März 1854;
2. Das Sachenrecht, §§ 474—902, am 19. April 1854, in Kraft tretend mit 1. Juli 1854;
3. Das Recht der Forderungen und Schulden, §§ 903 bis 1892, am 16. April 1855, in Kraft tretend mit 1. Juli 1855;
4. Das Erbrecht, §§ 1893—2149, am 21. Dezember 1855, in Kraft tretend mit 31. März 1856.

Das Werk fand alsbald ungetheilte Anerkennung sowohl im In- als im Auslande und bewährte sich auch in der Praxis

auf's beste. Gemäß den von Bluntschli in den oben erwähnten Zeitungsartikeln ausgesprochenen Gedanken war versucht worden, die im Kanton hergebrachten Anschauungen mit den Ideen und Anforderungen des modernen Verkehrs zu verbinden und jedem dieser beiden Elemente sein Recht zu Theil werden zu lassen, und dieser Versuch war auf das glücklichste gelungen. Und gerade der Umstand, daß das Gesetzbuch in viel selbständigerer Weise als diejenigen der anderen genannten Kantone den Bedürfnissen der Neuzeit gerecht zu werden gewußt hatte, bewirkte, daß es, zumal in demjenigen Theile, welcher das Obligationenrecht behandelte, bei den Kodifikationen anderer Staatsgebiete vielfach zum Muster genommen wurde. So schon bei Vollendung des aargauischen Gesetzbuches, dann auch bei denen von Schaffhausen (1865), Zug (1875) u. a., und ebenso auch im Auslande bei der Abfassung des deutschen Handelsgesetzbuches (1862) und beim sächsischen Gesetzbuche (2. Jan. 1863). Ganz besonders aber liegt es vielen Abschnitten des am 1. Januar 1883 in Kraft getretenen schweizerischen Obligationenrechtes zu Grunde.

Allein nicht in allen seinen Theilen hat das Gesetzbuch eine solche Autorität bis auf die neueste Zeit zu bewahren vermocht. Seit seinem Erlaß sind über 30 Jahre vergangen, und in unserer rasch vorwärts stürmenden Zeit haben diese drei Dezennien genügt, um auf manchen Gebieten des Privatrechts neue Ideen zur Geltung zu bringen. Bei den in ungeahnter Weise entwickelten Verkehrsmitteln legt die neu herangewachsene Generation größeren Werth auf die Beweglichkeit des Verkehrs als auf die hergebrachten Eigenthümlichkeiten heimischen Rechtes. So erschienen z. B. die Regeln über den Verkehr mit Schuldbriefen, wonach der Schuldtitel zu entkräften war, wenn er vom Schuldner selbst abbezahlt wurde, und dieser auch den Titel nicht selber cediren oder verpfänden konnte, nicht mehr als zeitgemäß, und das Leben wußte um dieselben herum zu kommen; mit dem Leben aber sollte das Gesetz in Einklang gebracht werden. Dies=

fällige Anregungen wurden schon im Anfang der Siebenzigerjahre bei Anlaß der Revision des Notariatswesens gemacht; sie blieben jedoch einstweilen ohne Erfolg, eben weil man sich anderweitig zu helfen wußte.

Andere Bestimmungen des Gesetzbuches wurden dagegen gelegentlich in Spezialgesetzen abgeändert. So setzte die neue Kantonalverfassung das Alter der Volljährigkeit von 24 auf 20 Jahre herunter; Bestimmungen der Servitutenlehre wurden durch das Flurgesetz, nachbarrechtliche Bestimmungen durch das Straßengesetz, andere sachenrechtliche Vorschriften durch das Notariatsgesetz, andere durch das Konkursgesetz aufgehoben oder abgeändert.

Noch viel stärker aber griffen eidgenössische Gesetzesbestimmungen ein. So beseitigte das Civilstandsgesetz die kantonalen Bestimmungen über die Schließung und die Scheidung der Ehen fast ganz; das Gesetz über Jagd und Vogelschutz modifizirte die Regeln betreffend das Jagdregal, das Eisenbahntransportgesetz und das Transportreglement diejenigen über Spedition und Frachtvertrag. Das Fabrikgesetz, das Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen, das Banknotengesetz normirten andere obligationenrechtliche Verhältnisse; das mit 1. Januar 1882 in Kraft tretende Gesetz über die Handlungsfähigkeit traf fast alle Theile des Gesetzbuches. Den weitaus bedeutendsten Eintrag jedoch erlitt das zürcherische Recht, als mit dem 1. Januar 1883 das Bundesgesetz über das Obligationenrecht in Kraft trat. Namentlich war damit der weitaus größere Theil des Obligationenrechtes, und eine Anzahl Bestimmungen des Mobiliarsachenrechtes außer Kraft gesetzt; aber auch das Personen- und Familienrecht hatte zu den zahlreichen Lücken, welche schon vom Civilstandsgesetz und vom Gesetze über die Handlungsfähigkeit in dasselbe gerissen worden waren, noch neue erhalten.

Es erschien sofort klar, daß im Kanton Zürich so wenig wie in andern Kantonen, ja vielleicht noch weniger als in allen andern, ein solches Nebeneinander kantonaler und eidgenössischer

privatrechtlicher Bestimmungen einfach stehen gelassen, daß unmöglich das privatrechtliche Gesetzbuch, welches nur noch eine Sammlung gültiger, ungültiger und theilweise gültiger Bestimmungen darstellte, beibehalten werden könne. Das Bedenkliche eines solchen Zustandes wurde noch vermehrt durch den Umstand, daß bei vielen Paragraphen des Gesetzbuches zweifelhaft war, ob sie noch in Kraft bestehen oder nicht, oder ob sie etwa für die einen Fälle noch gelten, für die andern nicht mehr. Es sei hier insbesondere auf die Streitfrage hingewiesen, welche sowohl in der Presse als auch in der Diskussion des schweizerischen Juristentages vielfach erörtert worden ist, ob die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes für den Immobiliarverkehr maßgebend seien, oder ob dieser auch mit Bezug auf Bestimmungen solcher Art noch unter dem kantonalen Rechte stehe, oder endlich ob er dem kantonalen Rechte nur insoweit unterworfen sei, als dieses ausdrücklich und speziell für den Verkehr mit Grundstücken erlassene Bestimmungen enthalte.

Schon vor dem Inkrafttreten des schweizerischen Obligationenrechtes, mit Weisung vom 12. November 1881, beantragte der Regierungsrath dem Kantonsrathe, zu beschließen:

1. „Das privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich ist in Rücksicht insbesondere auf das schweizerische Obligationenrecht in Revision zu ziehen.
2. Der Regierungsrath ist beauftragt, sich mit dem Obergerichte in's Einvernehmen zu setzen und für sofortige Anhandnahme der nöthigen Vorarbeiten zu sorgen, in der Meinung, daß das revidirte privatrechtliche Gesetzbuch, wenn immer möglich, auf denselben Zeitpunkt wie das schweizerische Obligationenrecht in Kraft treten sollte."

In der beigefügten Weisung wird gesagt, daß das bestehende Gesetzbuch in Folge der vielfachen Modifikationen, die es erlitten habe, mehr und mehr seinem eigentlichen Zweck, ein Volksbuch zu sein, entfremdet werde; das gesammte Gesetzbuch müsse in Einklang gebracht werden mit der neueren Bundesgesetzgebung und

mit abweichenden Bestimmungen kantonaler Spezialgesetze. Es wird hinzugefügt:

„Es wird sich hiebei aber auch die Wünschbarkeit herausstellen, nicht bloß kompilatorisch, sondern nöthigenfalls auch neugestaltend, im Wege einer Revision des privatrechtlichen Gesetzbuches vorzugehen. Die fortwährende Neugestaltung der Lebensverhältnisse bedingt auch einen beständigen Fluß der Rechtsanschauungen. Wenn auch ein Bedürfniß zu durchgreifenden Abänderungen unseres im Ganzen so trefflichen privatrechtlichen Gesetzbuches zweifellos nicht vorhanden ist, so läßt sich doch nicht leugnen, daß hie und da eine spezifische Schöpfung zürcherischen Rechtes mit den Prinzipien der neueren Gesetzgebung, vornehmlich des Bundes, nicht im Einklang steht, und daß diese letztere eine Umgestaltung oder die Aufgabe solcher besonderer Rechtsinstitute zur Folge haben muß."

Als ein solches Institut wird die Gesammt- oder Theilschuld bezeichnet; es wird auch die Frage gestellt, ob das Generalpfandrecht und die Pfandverschreibung mit Bezug auf Vieh noch beibehalten werden solle.

Die Eingabe kam am 22. November desselben Jahres im Kantonsrathe zur Verhandlung. Prof. Schneider erklärte sich zwar mit der Tendenz der Vorlage ganz einverstanden, fand aber, daß, da bis zum Abschlusse des Revisionswerkes jedenfalls längere Zeit verstreichen werde, inzwischen dem Volke vom Regierungsrath so bald als möglich darüber eine Wegleitung gegeben werden sollte, welche Paragraphen des privatrechtlichen Gesetzbuches noch gelten und welche nicht; daß ferner eine neue Ausgabe des privatrechtlichen Gesetzbuches veranstaltet werden sollte, welche nur die noch geltenden Bestimmungen desselben enthalte, und daß erst dann die Revision desselben im Sinne der Anpassung an die Grundsätze des eidgenössischen Obligationenrechtes vorzunehmen sei. Auf die nämliche Sitzung hatte der Advokat (jetzt Professor) Dr. Meili dem Kantonsrathe eine Eingabe eingereicht, in welcher

er die Befürchtung aussprach, daß eine Revision des kantonalen Rechtes der Zentralisation des Privatrechtes sehr hinderlich sein werde, und an deren Stelle den Weg des Konkordates mit den Kantonen Schaffhausen, Thurgau, Graubünden, Glarus, St. Gallen empfahl.

Alle diese Ansichten wurden an eine Kommission gewiesen und diese bestellt aus den Herren Stadtschreiber Spyri als Präsident, Gerichtspräsident Frei, Gerichtspräsident Kündig, Advokat Dr. Ryf, Professor Schneider, Obergerichtspräsident Dr. Sträuli und Professor Treichler.

Die Kommission berieth die ihr gestellten Fragen unter Zuziehung des Justizdirektors, Regierungsrath Spiller, und reichte sodann mit Datum vom 4. Dezember ihre einstimmig beschlossenen Anträge dem Kantonsrathe ein. In der begleitenden Weisung sagt sie:

„Die nächstliegende, unausweichliche und dringliche Aufgabe ist eine Ausscheidung und Sichtung derjenigen Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches, welche bereits aufgehoben sind oder demnächst aufgehoben werden. Nicht nur für die Behörden, sondern für die Bevölkerung überhaupt ist es nothwendig und nützlich zu wissen, was vom privatrechtlichen Gesetzbuch zur Stunde noch gilt und was nicht.

Die Anfertigung dieses Verzeichnisses wird zunächst durch das außerordentlich tief eingreifende eidgenössische Obligationenrecht veranlaßt und ist beförderlich anzulegen, da das letztere mit Anfang des Jahres 1883 in Kraft tritt. Nach der Ansicht der Kommission soll sich aber die Prüfung nicht auf das eidgenössische Obligationenrecht beschränken, sondern auf alle eidgenössischen und kantonalen Gesetze und Verordnungen, welche Bestimmungen des Privatrechtes berühren, erstrecken .....

Was die rechtliche Bedeutung des vorgeschlagenen Verzeichnisses betrifft, so ist dieselbe lediglich diejenige einer Vollziehungsmaßregel. Die Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches, welche mit spätern eidgenössischen und kantonalen Gesetzen

in Widerspruch stehen, sind ohne weiteres aufgehoben; es braucht dazu keines weitern gesetzgeberischen Aktes, etwa eines förmlichen Uebergangs- oder Einführungsgesetzes, damit z. B. das eidgenössische Obligationenrecht in Kraft treten könne. Aus diesem Grunde hat dann auch das Verzeichniß, wenn es auch möglichst genau und vollständig zu wünschen ist, keine Rechtsverbindlichkeit für die Gerichte. Es ist einleuchtend, daß diese Arbeit viel Zeit in Anspruch nimmt und nur von Jemandem, der mit unserer Gesetzgebung und Praxis ganz vertraut ist, vorgenommen werden kann. Doch kann sie immerhin im Laufe des folgenden Jahres vollendet werden.

Dieses Verzeichniß ist aber nicht blos ein nützliches Hülfsmittel für die Kenntniß der noch gültigen privatrechtlichen Gesetzgebung, sondern eine unentbehrliche Vorarbeit für die Revision des privatrechtlichen Gesetzbuches.

Daß diese vorgenommen werden muß, darüber ist die Kommission einig. Dagegen walten über den Zeitpunkt, den Umfang und die Art der Revision noch verschiedene Ansichten. Eine Ansicht geht dahin, man sollte die Durchführung des Obligationenrechtes zunächst der Gerichtspraxis überlassen und auch die noch in Aussicht stehenden eidgenössischen Gesetze über Konkurs und Rechtstrieb abwarten. Sodann walten über den Umfang der Revision, ob sie auf eine blos formelle Zusammenfügung des noch gültigen Gesetzbuches sich beschränken oder bei diesem Anlasse auch materielle Änderungen, sei es in beschränkterer (Aufhebung des Leibdingsvertrages, der Gemeinderschaft, Eisernviehvertrag 2c.) oder umfassenderer Weise (Umgestaltung des Erbrechtes 2c.) in Aussicht nehmen solle, noch verschiedene Anschauungen. Die Einen endlich geben der Partialrevision vor der einheitlichen Kodifikation den Vorzug.

Ueber alle diese Fragen wird das zunächst zu fertigende Verzeichniß der aufgehobenen Bestimmungen mehr Klarheit verschaffen und man wird auf Grundlage desselben viel besser befähigt sein, die Ziele der Revision zu bestimmen."

Auf Grundlage dieser Ausführungen beschloß der Kantonsrath am 18. Januar 1882 den Anträgen der Kommission gemäß:

1. „Der Regierungsrath ist eingeladen, bis spätestens Ende 1882 eine Zusammenstellung derjenigen Paragraphen und Bestimmungen privatrechtlicher Natur, welche durch die seit Inkrafttreten des privatrechtlichen Gesetzbuches erschienenen eidgenössischen und kantonalen Gesetze und Verordnungen, speziell durch das eidgenössische Obligationenrecht ganz oder theilweise aufgehoben sind, anfertigen zu lassen.
2. Der Regierungsrath wird eingeladen, auf Grundlage dieser Vorarbeit die Revision des privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Zürich ohne Verzug an die Hand zu nehmen."

Zugleich wurde die von Dr. Meili eingereichte Petition dem Regierungsrathe überwiesen, der dann aber, um das gleich hier zu sagen, das darin empfohlene Mittel wegen seiner Umständlichkeit und Schwierigkeit verwarf. Durch Beschluß vom 21. Januar betraute der Regierungsrath auf Antrag der Justizdirektion den Professor Dr. A. Schneider mit der Aufgabe, die oben in Ziffer 1 geforderte Zusammenstellung anzufertigen. In der Folge bestellte er durch Beschluß vom 30. August eine Expertenkommission, welche außer dem Genannten aus den Herren Prof. J. Treichler, Obergerichtspräsident Dr. E. Sträuli, Kassationsrichter Dr. J. Escher, Bezirksgerichtspräsident J. Frei, Nationalrath Dr. J. Ryf und dem Sekretär der Justizdirektion H. Haggenmacher als Aktuar bestand, und unter dem Vorsitze des Justizdirektors Regierungspräsident Spiller den von Professor Schneider einzureichenden Entwurf prüfen sollte. Dieser Entwurf wurde im September dem Regierungsrathe übergeben. Die Kommission unterwarf die Arbeit einer genauen Revision; das Resultat stellte der Regierungsrath am 5. Januar 1883 dem Kantonsrathe zu.

Gleichzeitig publizirte er es im Anschlusse an den 20. Band der offiziellen Gesetzessammlung mit der Vorbemerkung:

„Die nachstehenden Bemerkungen sind für die Gerichte nicht verbindlich; sie enthalten lediglich die Ansichten einer vom Regierungsrathe einberufenen Expertenkommission und sind bestimmt, den zürcherischen Kantonsangehörigen eine Wegleitung über die künftige Geltung ihres privatrechtlichen Gesetzbuches zu geben, wie das vom Kantonsrathe gewünscht worden ist."

Mittlerweile hatte Prof. Schneider von der Justizdirektion den weiteren Auftrag erhalten, den ersten Entwurf eines revidirten privatrechtlichen Gesetzbuches auszuarbeiten. Er versuchte, die gestellte Aufgabe in der Weise zu lösen, daß er zwischen die stehen gebliebenen Paragraphen des bisherigen Gesetzbuches jeweilen die an Stelle der aufgehobenen getretenen neueren kantonalen oder eidgenössischen Gesetzesartikel einreihte, und auch andere Spezialgesetze privatrechtlichen Inhaltes, so das Pfandleiher-, das Wuchergesetz, einfügte. Die Arbeit wurde im Laufe des Sommers 1883 dem Justizdirektor Spiller eingereicht, welcher sie drucken und den Mitgliedern der am 30. August 1882 bestellten Kommission übergeben ließ.

Die Kommission wies am 30. Januar 1884 die Prüfung der einzelnen Theile des Gesetzbuches Subkommissionen zu mit der Bestimmung, daß der Redaktor des Entwurfes den Sitzungen jeder derselben beizuwohnen habe, und sodann in der Plenarsitzung als Referent derselben funktioniren solle. Die Sitzungen dieser Subkommissionen wurden im November 1885 beendigt.

Mit dem 14. desselben Monats nahm die Gesammtkommission ihre Thätigkeit wieder auf. Das Amt der Justizdirektion war unterdessen auf Nationalrath Dr. Stößel übergegangen, und dieser leitete daher von nun an die Sitzungen. Das Protokoll führte Justizsekretär Fehr. Vor Allem wurde die Anlage des

Ganzen berathen. Man fand allseitig, daß ein Ineinanderfügen kantonaler und eidgenössischer Bestimmungen nicht zweckmäßig sei, im Gegentheil den Gebrauch des Gesetzbuches erschwere; es wurden diesfalls verschiedene Abänderungsvorschläge gemacht. Schließlich einigte man sich dahin, den Redaktor zu beauftragen, aus seinem Entwurfe die kantonalen Bestimmungen wieder herauszuheben und zu einem selbständigen Ganzen zu vereinigen, ohne die eidgenössischen Bestimmungen in irgend einer Weise zu reproduziren. Dieser Auftrag wurde ohne Verzögerung ausgeführt. Die Berathung der neuen Vorlage nahm 20 Sitzungen in Anspruch. Beim Sachenrecht zog die Kommission als Experten den Landschreiber Nägeli in Horgen zu, der ihr dabei gute Dienste leistete. Der Berathung des Erbrechtes legte sie den Entwurf betitelt „Gesetz betreffend Abänderung des fünften Buches des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich enthaltend das Erbrecht" zu Grunde, welchen der Kantonsrath am 24. April 1878 mit entschiedenem Mehr angenommen und dem Volke empfohlen hatte, der aber im Referendum vom 30. Juni desselben Jahres mit großem Mehr verworfen worden war. Die Kommission hatte alle Veranlassung, anzunehmen, daß diese Verwerfung lediglich der vorgeschlagenen Gleichstellung der Söhne und Töchter im Intestaterbrechte und der Reduktion des den Söhnen auf den Liegenschaften eingeräumten Vortheils zuzuschreiben sei; sie beschloß daher, diese Vorschläge, da sie mit den im Volke herrschenden Anschauungen nicht zu harmoniren schienen, nicht zu wiederholen, wohl aber alle übrigen Punkte jenes Entwurfes wieder aufzunehmen.

Am 27. Oktober 1886 beendigte die Kommission ihre Arbeit und übergab dieselbe dem Regierungsrathe mit einem gedruckten Berichte, in welchem sie über den Gang ihrer Thätigkeit Mittheilung machte und die hauptsächlichsten der von ihr vorgeschlagenen Aenderungen hervorhob. Von den letzteren mag an dieser Stelle nur die erwähnt werden, daß die Kommission mit

Mehrheit beschlossen hatte, das Familienrecht vom Personenrechte abzutrennen und zwischen Obligationen- und Erbrecht einzureihen, wie das in verschiedenen neueren Kodifikationen des Privatrechtes geschehen ist. Diese Anordnung der Theile ist in der Folge von keiner Seite angefochten worden.

Mit Botschaft vom 9. November 1886 übermittelte der Regierungsrath den Entwurf der Expertenkommission unverändert dem Kantonsrathe; in der Botschaft wird im Wesentlichen der Bericht der Kommission wiederholt, und am Schlusse hinzugefügt:

„Blicken wir auf die ganze Vorlage zurück, so werden wir trotz allen Veränderungen sagen dürfen, daß wir nicht ohne Noth geändert haben, sondern nur da, wo nach den gemachten Erfahrungen oder neuen Gesetzen die bisherigen Bestimmungen als unhaltbar erschienen sind."

In dieser Beziehung ist nicht ohne Interesse zu bemerken, wie die Aenderung des Bestehenden Schritt für Schritt weiter gegangen ist. In der Kommissionssitzung vom 30. Januar 1884 erklärte der Redaktor des Entwurfes, er habe materielle Aenderungen nur vorgeschlagen, soweit sie durch Kollisionen geboten schienen; er sei oft versucht gewesen, auch noch andere vorzunehmen, habe aber gefunden, es sollte zuerst die Kommission entscheiden, ob solche überhaupt stattzufinden haben. Die Kommission beschloß: „Es soll materiell möglichst wenig an den nicht obsoleten Bestimmungen des privatrechtlichen Gesetzbuches geändert werden". Die Subkommissionen schlugen keine solche Aenderung vor; auch noch bei den ersten Berathungen der Gesammtkommission wurden keine diesfälligen Anträge gestellt. Später aber hielt man doch dafür, daß die Gelegenheit, veränderten Anschauungen gerecht zu werden, nicht unbenützt vorüber gelassen werden sollte, besonders im Sachen- und im Erbrechte, und der Kantonsrath gieng ganz auf diesen Gedanken ein.

In seiner Sitzung vom 16. November wies der Kantonsrath die Angelegenheit an eine Kommission von neun Mitgliedern, bestehend aus den Herren Obergerichtspräsident Dr. Sträuli als Präsident, Rathsschreiber Hürlimann, Gerichtspräsident Kündig, Gerichtspräsident Meier, Landschreiber Nägeli, Bezirksrichter Ryf, Professor Schneider, Bezirksrath Sigrist und Oberrichter Dr. Zürcher, in der Meinung, daß entweder der Gesetzesentwurf noch vor Ablauf der Amtsperiode (Mai 1887) wieder einzubringen, oder in der Februarsitzung Bericht darüber zu erstatten sei, daß und warum dies nicht geschehen könne. Diese Wegleitung wurde gegeben entgegen einem Antrage, den Entwurf erst noch den sämmtlichen Gerichtsstellen des Kantons zur Begutachtung mitzutheilen, was eine längere Verzögerung der Erledigung hätte zur Folge haben müssen.

Die Kommission, zu deren Aktuar Gemeindepräsident Schneider in Riesbach bestellt wurde, nahm die Arbeit sofort energisch an Hand und führte dieselbe in acht Sitzungen zu Ende. Sie hatte sich nicht nur mit der Regierungsvorlage zu beschäftigen, sondern auch eine Petition zu prüfen, welche vom „zürcherischen Frauenverein" an den Kantonsrath gerichtet worden war und verschiedene Aenderungen des Entwurfes im Interesse der Frauen wünschte. Die Kommission fand, daß in den Hauptpunkten schon die Regierungsvorlage den Ansprüchen der Frauen gerecht geworden sei, nahm aber keinen Anstand, wo bloß die Redaktion in Frage stand (§ 999), ihrem Wunsche zu entsprechen.

Ferner nahm die Kommission Rücksicht auf die in der Presse gegen diese oder jene Bestimmung des Entwurfes erhobenen Bedenken, und erwog namentlich die längeren Artikel, welche über den Entwurf in der von dem Advokaten Gottfried Wolf in Zürich redigirten Fachzeitschrift „der Gerichtssaal" erschienen waren.

Unterm 19. Januar 1887 erstattete sie schriftlich an den Kantonsrath Bericht und bezeichnete als ihre Referenten die

Herren Dr. Sträuli und Prof. Schneider. In dem Berichte wird gesagt:

„Die Aufgabe der Revisionsarbeit mußte zunächst darin bestehen, Inhalt und Fassung der einzelnen privatrechtlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen mit den das gleiche Gebiet beschlagenden und nunmehr allein gültigen Vorschriften der Bundesgesetzgebung betreffend die Ehe, die Handlungsfähigkeit und das Obligationenrecht, sodann aber auch mit den seither erlassenen kantonalen Gesetzen.

Diejenigen Textesabänderungen, welche unter diesen Gesichtspunkten vorgenommen wurden, scheinen allenthalben sorgfältig erwogen und auch vollständig zu sein, so daß wir nur in wenigen Punkten in der Lage waren, hieran noch etwas zu verbessern.

Eine eigenthümliche Schwierigkeit ergab sich bei der Eintheilung des dritten Buches betreffend die obligationenrechtlichen Verhältnisse, welche noch dem kantonalen Recht überlassen bleiben. Es wurde schließlich für gut gefunden, die einzelnen Abschnitte und Kapitel dieses Buches, nicht wie ursprünglich beabsichtigt war, unter die durch das schweizerische Obligationenrecht gegebenen Titel einzuordnen, sondern selbständig zu gestalten. Diese Aenderung macht den gelockerten Zusammenhang der einzelnen noch stehen gebliebenen Materien weniger auffällig, als die frühere Anordnung.

Bei den ziemlich häufigen Hinweisungen auf kantonale Gesetze wurden die Zitate der einzelnen Bestimmungen durch möglichst allgemein gehaltene Redaktionen ersetzt, in der Weise, daß entweder die prinzipiellen Sätze solcher Spezialgesetze einfach aufgenommen oder dann nur im Allgemeinen auf die bestehende Spezialgesetzgebung verwiesen wurde. Das letztere schien hauptsächlich am Platze, wo es sich um Anlehnung an konkursrechtliche Vorschriften handelte, weil dieses Gebiet hoffentlich in nächster Zeit unter Bundesrecht gestellt werden wird.

Es ist zwar nicht zu leugnen, daß für die praktische Handhabung des Gesetzbuches sowohl eine gehörige Spezialisirung aller Verweisungen auf andere Gesetze, als namentlich auch im dritten Buche Wegleitung darüber, welche Materie oder welche einzelnen Fragen unter Bundesrecht, welche unter kantonalem Rechte stehen, sehr erwünscht hätte sein müssen. Allein es konnte das doch kaum die Aufgabe des Gesetzes selbst sein, zumal namentlich in der letzteren Richtung die Kompetenz, darüber zu entscheiden, wie weit sich die Geltung des Bundesrechtes erstrecke, dem kantonalen Gesetzgeber nicht zukommt. Es wird vielmehr Sache allfälliger Privatarbeiten bleiben, hier den Bedürfnissen des Lebens entgegen zu kommen.

Ueber die Frage, wie weit die Gelegenheit dieser Revision auch zur Vornahme *selbständiger Aenderungen des materiellen Rechtes* benutzt werden solle, war schon die regierungsräthliche Kommission etwas unsicher, was bei dem Mangel eines zum Voraus gegebenen Programmes nicht auffallen kann. Auch wir wären in Verlegenheit, eine grundsätzliche Umschreibung der Grenzen dieser weitern Arbeit zu geben. Immerhin dürfen wir aber unsere Ueberzeugung dahin aussprechen, daß der Entwurf in dieser Hinsicht ein weises Maß der Selbstbeschränkung innehält. Es wurde nicht ohne Noth und nur da geändert, wo sich im Laufe der Jahre ein wirkliches Bedürfniß herausgestellt hatte. . . .

Wir können im Allgemeinen erklären, daß alle getroffenen wesentlichen Aenderungen des materiellen Rechtes auch uns als dem Bedürfniß entsprechend und in der Hauptsache als richtig geordnet erscheinen. Unsere Kommission beantragt Ihnen Zustimmung zu sämmtlichen vorgeschlagenen Aenderungen, und zwar fast durchweg mit Einstimmigkeit; Minderheitsanträge werden nicht gestellt. . . . .

Die Aenderungen, welche die Kommission selbst noch vorgenommen hat, sind weder sehr zahlreich noch von bedeutender

Tragweite; der Hauptsache nach sind es Ergänzungen des bestehenden Rechtes, zu einem großen Theil auch bloße Verschiebungen einzelner Bestimmungen und deutlichere Anordnung der leitenden Grundsätze."

Der Kantonsrath trat am 21. Februar entgegen einem neuerdings gestellten Verschiebungsantrage materiell auf die Vorlage ein, und führte die von Anfang an sich lebhaft entwickelnde Diskussion am 22., 23. und 28. Februar weiter, am 1. März zu zu Ende. Aus der Diskussion ist hier nur das Eine hervorzuheben, daß der Kantonsrath seinen Vorschlag vom Jahre 1878 betreffend die Intestatsuccession der Söhne und Töchter in den väterlichen Nachlaß insofern wieder aufnahm, als er zwar den Sohnsvortheil auf den Liegenschaften ungeschmälert ließ (es wurde nur der Passus beseitigt, daß der Sohnsvortheil ausnahmsweise bis auf einen Drittel erhöht werden dürfe; aber eine materielle Aenderung war das kaum, da bis dahin dieser Ausnahmesatz noch niemals von den Gerichten zur Anwendung gebracht worden war), dagegen die Erbquoten der Söhne und Töchter gleichstellte. Allein da nun zu befürchten war, daß diese Bestimmung auch jetzt wieder auf starken Widerstand stoßen dürfte, und daher das Schicksal des ganzen Gesetzesentwurfes gefährden könnte, wurde beschlossen, die Frage der Gleichtheilung des väterlichen Nachlasses zwischen Söhnen und Töchtern (§ 857 des Entwurfes) getrennt vom Uebrigen zur Volksabstimmung zu bringen. Gemäß dem Reglemente des Kantonsrathes gieng nun die Vorlage an die Redaktionskommission, als deren Präsident wiederum Dr. Sträuli funktionirte. Diese Kommission hielt eine Reihe von Sitzungen theils allein, theils mit Vertretern der früheren kantonsräthlichen Kommission zusammen.

Unter'm 4. April erstattete die Kommission dem Kantonsrathe Bericht über ihre Arbeiten. Es geht aus demselben hervor, daß sie die Oekonomie des Gesetzes, überhaupt die Redaktion mit peinlicher Sorgfalt geprüft und verbessert, vielfach neue Anord-

nungen getroffen, Paragraphen versetzt, andere als überflüssig gestrichen, neue eingefügt, andere zusammengezogen, zerlegt, ergänzt, abgekürzt, oder nach den Beschlüssen des Kantonsrathes umredigirt hatte. Außerdem legte sie dem Kantonsrathe 7 Wiedererwägungsanträge aus dem Gebiete des Sachen- und des Familienrechtes vor.

Am 19. April trat der Kantonsrath auf die Vorlage ein. Er erledigte sowohl die von der Redaktionskommission als auch noch mehrere von anderer Seite gestellten Wiedererwägungsanträge; und als sodann der Präsident der Redaktionskommission den Antrag auf Annahme des Ganzen stellte, erfolgte kein Gegenantrag. Der Regierungsrath wurde mit der Abfassung des beleuchtenden Berichtes an das Volk beauftragt. Dieser Bericht enthält in seinem allgemeinen Theil eine kurze Skizze des aus dem Obigen bekannten Ganges des Zustandekommens der Vorlage und schließt mit den Worten:

„Kantonsrath und Regierungsrath empfehlen die Annahme des Gesetzesentwurfes, überzeugt, daß der Rechtszustand, welcher die Folge dieser Annahme wäre, allgemein befriedigen würde."

Sowohl durch Zeitungsartikel als auch durch populäre Vorträge einzelner juristisch gebildeter Mitglieder des Kantonsrathes und auch anderer Juristen wurde die Diskussion über die Vorlage bei den Stimmberechtigten in Fluß gebracht. Gegen das Ganze, abgesehen von § 857, wurde so gut wie keine Opposition laut. Dagegen fehlte es nicht an Stimmen, welche behaupteten, daß die Gleichstellung der Quoten der Töchter mit denen der Söhne am väterlichen Nachlaß die ökonomische Existenz der Söhne von Landwirthen bedrohe.

Die Abstimmung fand am 4. September 1887 statt. Das Ergebniß derselben war folgendes:

Stimmberechtigte 75,837. Eingegangene Stimmzeddel 53,820.

Es stimmten mit Bezug auf

Frage 1, die gesammte Vorlage mit Ausschluß des § 857 mit

Ja	**Nein**	**Leer**	**Ungültig**
31,930	11,076	10,771	43

Frage 2, Gleichstellung der Töchter mit den Söhnen § 857:

Ja	**Nein**	**Leer**	**Ungültig**
25,251	16,236	12,288	45

Es ist also auch die letztere Frage mit vollen ⅔ der Stimmenden bejaht worden; und zwar erfolgte die Bejahung in allen Bezirken außer Bülach und Dielsdorf; ja die Gemeinde Sternenberg, welche die erste Frage mit Mehrheit verneinte, bejahte die zweite mit 105 gegen 75 Stimmen. Die erste Frage ist im ganzen Kanton nur von 7 zerstreuten Gemeinden verneint worden, die zweite außer den beiden genannten Bezirken von 41 Gemeinden, davon 8 im Bezirk Zürich, 9 im Bezirk Affoltern liegen, während in den Bezirken Horgen und Andelfingen nur je 1 Gemeinde die Frage verneint hat. Im Bezirk Bülach dagegen haben nur 3, im Bezirk Dielsdorf keine Gemeinde die zweite Frage bejaht. Die bezirksweise Zusammenstellung der Abstimmungsresultate zeigt folgendes Bild:

Bezirke.	Zahl der Stimmberechtigten	Zahl der Votanten	**Privatrechtliches Gesetzbuch** §§ 1—856, 858—1108				§ 857			
			Ja	**Nein**	Ungültig	Leer	**Ja**	**Nein**	Ungültig	Leer
Zürich	21392	12709	8939	1571	4	2195	7976	2180	4	2549
Affoltern . . .	3275	2634	1573	603	—	458	1054	998	1	581
Horgen . . .	6949	4786	2645	1028	1	1112	2352	1244	3	1187
Meilen . . .	4718	3415	2110	876	6	423	1848	1079	6	482
Hinweil . . .	7726	5842	2988	1664	1	1189	2485	1960	3	1394
Uster	4449	3695	1862	911	12	910	1340	1298	10	1047
Pfäffikon . . .	4495	3365	1698	908	6	753	1347	1124	5	889
Winterthur .	10419	7821	4609	1371	1	1840	3666	2059	—	2096
Andelfingen . .	4031	3394	2244	514	2	634	1794	853	4	743
Bülach	4995	3680	1885	909	2	884	977	1775	6	922
Dielsdorf . . .	3390	2479	1377	721	8	373	412	1666	3	398
Total . .	75839	53820	31930	11076	43	10771	25251	16236	45	12288

Es ist von verschiedenen Seiten behauptet worden, daß der Kantonsrath, nahe dem Schlusse seiner Amtsperiode, die Berathung des Gesetzbuches überstürzt und so einen nicht gehörig durchdachten Entwurf dem Volke vorgelegt habe; und es ist wahr, daß der Rath ein Werk von über 1100 Paragraphen in der kurzen Zeit von etwas mehr als 5 Monaten erledigt hat. Allein schon im Allgemeinen ist zu sagen, daß ein von Fachkommissionen vorgelegter Entwurf durch lange Behandlung Seitens einer vielköpfigen gesetzgebenden Versammlung nicht gewinnt; und speziell im vorliegenden Falle darf mit gutem Gewissen behauptet werden, daß die Vorberathungen in den drei verschiedenen Kommissionen, welche successive zur Prüfung der Vorlage berufen waren, mit eben so viel Sachkenntniß wie Gewissenhaftigkeit und Gründlichkeit sowohl in materieller wie in formeller Beziehung gepflogen worden sind, und daß der Rath nicht ermangelt hat, sich in allen Punkten, welche von Interesse zu sein schienen, von denselben Rechenschaft geben zu lassen. So mögen wir wohl hoffen, daß das neue Werk dem Lande nicht weniger zum Segen gereichen werde, als das bisher geltende Gesetzbuch. Die schweizerische Rechtseinheit, der wir entgegenstreben, wird dadurch nicht im mindesten beeinträchtigt werden; für den Kanton Zürich aber wird es, nachdem wieder einmal frischer Tisch gemacht ist, nur um so leichter sein, das in Zukunft neu entstehende eidgenössische Privatrecht sich anzueignen.

Was nun die Erläuterungen betrifft, welche diese Herausgabe des Gesetzes begleiten, so sollen sie so viel als es dem Herausgeber möglich ist, in der Art des Kommentars von Bluntschli geschrieben werden. Es soll für dieselben gelten, was Bluntschli am 2. Februar 1854 von seinen Erläuterungen schreibt:

„Sie haben den Zweck, das Verständniß und die richtige Anwendung des Gesetzes zu fördern. Auf offizielle Autorität haben sie keinen Anspruch. Ihre natürliche Autorität beruht lediglich auf der innern Wahrheit und reicht nicht weiter als diese.

Wo sich Irrthümer in die Auffassung eingeschlichen haben oder die Erklärung einen ungenügenden Ausdruck erhalten hat — und beides ist möglich —, da ist die Wissenschaft und die Praxis in ihrem vollen Rechte, wenn sie sich an die beigefügten Erläuterungen nicht bindet. Aber daß diese im Ganzen in dem Geiste der Gesetzgebung geschrieben sind, dafür bürgen allerdings theils die Eigenschaft ihres Verfassers als Redaktor des Gesetzes, theils die redliche Absicht desselben, den Sinn des Gesetzes dem gemeinen Verständniß möglichst klar und getreu darzustellen."

Bluntschli's Kommentar hat sich bei Hoch und Niedrig, bei Laien wie bei Juristen eingebürgert. Es ist vom ersten Theil desselben, dem Personen- und Familienrecht, 1871 die 4. Auflage (bearbeitet durch a. Oberrichter J. H. Gwalter), vom zweiten, dem Sachenrecht, 1861 die dritte, vom vierten 1865 die zweite erschienen. Der Unterzeichnete glaubte daher mit Bezug auf diejenigen Paragraphen, welche unverändert aus dem alten Gesetze herübergenommen worden sind, nichts Besseres thun zu können, als auch die Erläuterungen Bluntschli's wenigstens ihrem wesentlichen Inhalte nach mit herüberzunehmen, sofern nicht etwa durch die Praxis des Obergerichtes in einem von Bluntschli's Ansicht abweichenden Sinne entschieden worden ist, oder seine eigenen Ansichten von denen Bluntschli's abweichen.

Der erste Gedanke war der, da wo den Erläuterungen Bluntschli's eigene Zusätze des jetzigen Herausgebers beigefügt werden, diese von jenen durch Zeichen abzugrenzen; allein es erwies sich das bald als unthunlich; bisweilen bestehen die Aenderungen des jetzigen Herausgebers lediglich in Modifikationen einzelner Sätze Bluntschli's oder in Weglassungen; das Alles genau hervorzuheben, würde von geringem Werthe gewesen sein und die Handlichkeit des Kommentars beeinträchtigt haben. So muß es genügen, hier von vornherein zu sagen, daß Bluntschli's Ausführungen, so viel als es überhaupt möglich schien, wiedergegeben worden sind.

Außer Bluntschli's Kommentar sind hauptsächlich die Sammlungen der Entscheidungen des zürcherischen Ober-, des Handels- und des Kassationsgerichtes, wie sie in dem Kommentar von Dr. Ed. Ullmer, der Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege von Gwalter und Dr. Schauberg, der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege, von Verschiedenen, zuletzt von Dr. Ulrich herausgegeben, den Rechenschaftsberichten des Obergerichtes und in den „Schweizerischen Blättern für handelsgerichtliche Entscheidungen" von Fürsprech A. Goll und Oberrichter J. Goßweiler enthalten sind, zu Rathe gezogen worden.

Was die neuen Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes betrifft, so sind zu deren Erläuterung die Berathungen und Zwischenentwürfe der Kommissionen vom Herausgeber an der Hand der von ihm in den Sitzungen gemachten Notizen und der amtlichen Protokolle benutzt worden.

Hottingen, im September 1887.

Dr. A. Schneider, Prof.

Erklärung der Abkürzungen.

B.	Beiträge zur Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege.
Off. S.	Offizielle Gesetzessammlung.
M.	Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege.
Z.	Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege.
OG.	Rechenschaftsbericht des Obergerichtes und des Kassationsgerichtes.
HB.	Schweizerische Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen.
OR.	Schweizerisches Obligationenrecht.
U.	Ullmer's Kommentar.
ZGR.	Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege.

Am Anfang eines Paragraphen ist jeweilen die Paragraphenzahl des früheren privatrechtlichen Gesetzbuches in Klammer beigefügt.

Der Referendumsvorlage genau entsprechend ist, wo ein Artikel materiell vom früheren Rechte abweicht, dies durch einen Strich am Rande angedeutet.

Einleitung.

Von der Anwendung des Rechtes.

§ 1.

[1.] Das zürcherische Privatrecht gilt zunächst und nur für alle Personen, Einheimische und Fremde, die im Kanton Zürich wohnen oder sich aufhalten oder darin ihr Recht suchen, und für alle Privatverhältnisse, welche im Lande wirksam werden, so weit nicht die eigenthümliche Natur des besondern Rechtsverhältnisses entweder die Anwendung eines fremden Rechtes auf hiesigem Gebiete oder die Ausdehnung des hiesigen Rechtes auf fremdes Gebiet erfordert.

1. Die Frage über die Anwendbarkeit eines bestimmten Privatrechts, hier des zürcherischen, bietet eigenthümliche Schwierigkeiten dar, die zum Theil in den internationalen Beziehungen, zum Theil in der Natur der Rechtsverhältnisse selbst ihren Grund haben. Das Gesetz spricht nur die allgemeinen Regeln aus und macht auf die wichtigsten Momente aufmerksam, die Beachtung erfordern, aber es will nicht auch alle Ausnahmen zum voraus entscheiden. Der § 1 insbesondere enthält den Grundgedanken, daß das zürcherische Recht innerhalb des zürcherischen Gebietes positive Geltung habe und daß es besonderer Gründe bedürfe, um eine Anwendung desselben außerhalb Landes oder die Anwendung fremder Rechte innerhalb Landes zu rechtfertigen. Vergleiche die gründliche Abhandlung von F. Wyß über die Kollision verschiedener Privatrechte in der Zeitschrift für schweizerisches Recht von Ott, Rahn. Schnell und Wyß Bd. II, S. 35 ff.

2. Das zürcherische Privatrecht. Mit Absicht wurde dieser allgemeine Ausdruck gewählt statt des auch vorgeschlagenen: „das zürcherische Gesetzbuch". Ob das zürcherische Recht in dem Gesetzbuch aufgeschrieben und sanktionirt sei oder ob es auf den Gewohnheiten des zürcherischen Volkes beruhe, oder ob es durch die Autorität der einheimischen Rechtswissenschaft oder den Gerichtsgebrauch begründet werde, ist für die Frage seiner Anwendbarkeit gleichgültig.

3. Für alle Personen u. s. f. Auch für Zürcher in der Regel nur, insofern sie im Kanton Zürich sich aufhalten oder da ihr Recht suchen, nicht wenn dieselben im Auslande wohnen oder dort ihr Recht suchen für die dort wirksamen Verhältnisse

Für Fremde, die sich hier zu Lande (Z. V, 161 No. 1; XIX, 131 No. 1), wenn auch nur vorübergehend aufhalten, z. B. selbst für Reisende. Eine völkerrechtliche Ausnahme besteht im Interesse der anerkannten fremden Gesandten und ihres Gefolges, nach dem Grundsatz der Exterritorialität, wornach fingirt wird, sie wohnen nicht innerhalb des Landes und seien dessen Gesetzen nicht unterworfen.

4. Nach § 289 des Rechtspflegegesetzes hat der Richter das fremde Recht, wenn es nach §§ 1—7 des privatrechtlichen Gesetzbuches zur Anwendung kommen soll, von Amts wegen, auch ohne Anrufung durch eine Partei, anzuwenden, soweit er sichere Kenntniß von dessen Inhalt besitzt. (U. 2674.)

5. Der Redaktor hatte die Umgestaltung der §§ 1—7 an der Hand neuerer wissenschaftlicher Arbeiten, namentlich derjenigen von Bähr, im Sinne größerer Bestimmtheit mit Beibehaltung des Heimatprinzipes vorgeschlagen. Die regierungsräthliche Kommission stimmte zuerst grundsätzlich zu, beschloß dann aber, eine wesentliche Aenderung am bisherigen Wortlaute nicht vorzunehmen, „da ein eidgenössisches Gesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen, und zwar nicht nur der niedergelassenen Schweizerbürger bevorstehe, und es sich daher nicht lohnen würde, darüber jetzt noch neue kantonale Bestimmungen zu erlassen". (Bericht.) Es wurde nur statt „für alle Privatverhältnisse, welche" u. s. w. gesagt: „für alle nicht unter eidgenössischem Rechte stehenden Privatverhältnisse, welche" u. s. w. Der Kantonsrath beschloß dann aber, mit Bezug auf das eheliche Güterrecht das Heimatsprinzip, mit Bezug auf die Beerbung derjenigen Personen aber, welche im Zeitpunkt ihres Todes im Kanton ihren Wohnsitz gehabt haben, ausschließlich das Recht des Kantons Zürich, also das Wohnortsprinzip als maßgebend zu erklären. Diese Ungleichheit schien der Redaktionskommission unhaltbar zu sein; sie beantragte Wiedererwägung. Und nachdem diese zugelassen worden war, beschloß der Kantonsrath auf den Antrag von Prof. Treichler, den früheren Inhalt dieser Paragraphen im Sinne der bisherigen Geltung des Heimatsprinzipes wieder herzustellen. (Vgl. § 3, 2, § 4, 1.) Wenn nun auch damit der oben erwähnte Vorbehalt der eidgenössischen Bestimmungen weggefallen ist, so ist er doch als gültig zu betrachten, weil er sich von selbst versteht, da es nicht Sache der Kantone sein kann, zu bestimmen, welche Normen für die unter eidgenössischem Rechte stehenden Verhältnisse maßgebend sein sollen. (Vgl. § 6, lit. b.) Die Weisung an das Volk wiederholt den oben erwähnten Grund der Kommission für die Beibehaltung der bisherigen Bestimmungen unter Hinweis auf Artikel 46 der Bundesverfassung, welcher ein Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen fordert.

§ 2.

[4.] Für Rechte an Liegenschaften gilt das Recht des Landes, in dessen Gebiet die Liegenschaften gelegen sind. Auch bei der Beurtheilung der Rechte an beweglichen Sachen ist die jeweilige Lage der Sache und die natürliche Beziehung derselben zu den verschiedenen Orts- und Landesrechten zu beachten.

1. Die dinglichen Rechte an Liegenschaften (Eigenthum, Pfandrecht, Servituten u. s. f.) werden allenthalben durch das Recht des Landes bestimmt, in welchem die Liegenschaften gelegen sind. Nur wo die Liegenschaften nicht für sich, sondern lediglich

als Bestandtheil eines größern Vermögensganzen, z. B. der ehelichen Gütermasse oder der Erbschaft, mittelbar in Betracht kommen, läßt die Kraft dieser Regel nach. (Z. IX, 21.)

In der engsten Beziehung zum Pfandrechte an Liegenschaften steht die Forderung, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestellt worden ist. Bei der Nothwendigkeit, im Falle gänzlicher oder theilweiser Veräußerung der verpfändeten Grundstücke auch das Schuldverhältniß neu zu ordnen, enthalten regelmäßig über die Art und Weise der dießfälligen Regulirung die Gesetze des Ortes, wo die Grundstücke liegen, bindende Vorschriften. Es wird demnach durch die letztern nicht bloß die Forderung, sondern auch das Pfandrecht beherrscht. (Z. V, 66; IX, 175, Erw. 3.) Soll für eine derartige Forderung die Schuldbetreibung angehoben werden, so richtet sich dieselbe nicht nach den Gesetzen des Wohnortes des Schuldners, sondern nach dem Rechte des Ortes, unter dessen Herrschaft das zu Pfand bestellte Grundstück steht. (Z. XX, 145, Nro. 1.)

2. Nicht eben so unbeschränkt kann der Grundsatz des R e c h t e s d e r g e l e g e n e n S a c h e (lex rei sitæ) auf die Rechte an b e w e g l i c h e n S a c h e n angewendet werden. Deßhalb hat hier das Gesetz eine weniger bestimmte Fassung erhalten. Die Jurisprudenz und die neueren Gesetzgebungen sind darüber auch keineswegs einig und es stehen sich zwei Hauptmeinungen gegenüber, die eine, daß auch für diese Rechte das Recht des Ortes gelte, wo die Sache sich befindet, die andere, daß derlei Sachen dem Rechte des Besitzers (d. h. seines Wohnortes) unterworfen seien (mobilia ossibus inhærent). Unser Gesetz neigt sich zu der erstern Meinung, die auf den natürlichen Zusammenhang der Sache mit der Rechtsordnung achtet, die um sie her wirkt und deren Schutz man bedarf (Z. X, 39; XVII, 320; XIX, 441); aber es deutet an, daß eine starre Festhaltung derselben nicht immer möglich und nicht in allen Fällen gerechtfertigt sei. Diese Sachen sind in der That allzu beweglich, als daß in jedem Moment das Recht des Ortes, wo sie sich für den Augenblick befinden, maßgebend sein kann, und es gibt daher Fälle, wo vernünftiger Weise nicht der Aufenthaltsort, sondern der Wohnort des Eigenthümers oder Besitzers, der gewissermaßen diese zerstreuten Sachen an sich zieht, zu beachten ist. Die Pfändung z. B. und das Pfandrecht überhaupt an beweglichen Sachen richtet sich nach dem Orte, wo sie sich befinden. Daselbst ist auch das Begehren um Realisation desselben anzubringen. An Mobilien, die im Kanton Zürich sind, wird z. B. kein Pfandrecht anerkannt, das nicht als Faustpfand besteht, sondern etwa in Deutschland nach römischem Rechte durch Vertrag bestellt worden ist, auch dann nicht, wenn der Pfandschuldner und der Pfandgläubiger dort wohnen; wenigstens nicht im Konflikt mit einem im Kanton Zürich daran — wenn auch später — erworbenen Pfandrechte. Das Gepäck dagegen, welches ein Reisender mit sich führt, oder die Waaren, die versendet werden, können nicht in ihren juristischen Beziehungen nach dem Ortsrechte beurtheilt werden, wo sie zufällig sich gerade befinden, sondern da kommt die natürliche Beziehung zu einem für einmal bleibenden B e s t i m m u n g s o r t derselben, gewöhnlich dem W o h n o r t des Eigenthümers, vornehmlich in Betracht. (ZGR. I, 234, Erw. 3 u. 4.)

§ 3.

[3.] Das Recht des Heimatsortes gilt für die F a m i l i e n v e r h ä l t n i s s e (z. B. eheliche Vormundschaft und Güterrecht der Ehegatten, väterliche und obrigkeitliche Vormundschaft) der Kantonsbürger.

Die Familienverhältnisse von Kantonsfremden, welche im Kanton wohnen, werden insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurtheilt, als das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt.

1. Dieser Artikel erklärt für die Familienverhältnisse der Kantonsbürger das Recht des Heimatsortes für maßgebend, von dem Gedanken geleitet, daß das Familienrecht wesentlich auf den persönlichen, meistens den angeborenen Beziehungen des Menschen beruhe und insofern wie die persönlichen Zustandsverhältnisse für die Kantonsbürger durch das persönliche Band mit der Heimat (Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht) bestimmt werde. Im einzelnen ist hervorzuheben:

a. Für die Vorschriften über die Eingehung der Ehe (Erfordernisse und Form derselben, und die Ehescheidung sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffen) den Zivilstand und die Ehe vom 24. Dezember 1874 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. I p. 506) maßgebend.

b. Das Recht der ehelichen Vormundschaft verbleibt dem Zürcher über seine Frau, auch wenn sie anderwärts wohnen, wo der Ehemann nicht Vormund der Frau ist. Wenigstens wird das von zürcherischen Gerichten so angesehen, wenn sie Gelegenheit haben, z. B. bei Veräußerungen von Frauengut, das im Lande zurückgeblieben ist, oder bei Prozeßführungen im Namen der Frau, diesen Grundsatz anzuwenden. Nicht ebenso sicher aber im Auslande von den auswärtigen Gerichten. Denn oft urtheilen diese nach dem Rechte des Wohnortes der Ehe, ohne sich um das Bürgerrecht der Ehegatten zu kümmern. (Vgl. Savigny Syst. d. röm. Rechts VIII, S. 325.)

2. Ueber die Frage, ob das eheliche Güterrecht nach dem Rechte des Heimatsortes der Ehegatten (Heimatsprinzip) oder nach dem Rechte des Wohnortes der Ehe (Territorialitätsprinzip) zu beurtheilen sei, waren schon in der Gesetzesrevisionskommission vom Jahre 1853 die Meinungen getheilt gewesen. Bei einer ersten Abstimmung hatte sich die Mehrheit für das Recht des Wohnortes, bei einer zweiten mit Bezug auf die zürcherischen Ehen für den Grundsatz des Heimatsortes, d. h. des Bürgerrechtes ausgesprochen. Für die erstere, von Bluntschli getheilte Ansicht wurden hauptsächlich folgende Gründe angeführt:

a. Wenn auch mit Bezug auf die persönlichen Verhältnisse der Ehegatten wie für die Beurtheilung der Persönlichkeit selbst der persönliche Zusammenhang derselben mit der heimatlichen Bürgergemeinde als maßgebend erscheine, so müsse sich doch die eheliche Wirthschaft und das Güterrecht um seiner vermögensrechtlichen Natur und Beziehung willen nach dem Rechte des Wohnortes richten, wo die Ehe ihren Sitz habe.

b. Man begreife es, wenn früher, so lange die Familien nur selten sich von der Heimat entfernten und das bürgerrechtliche Gefühl noch stärker war, der Grundsatz des Heimatsrechts auch auf diese Verhältnisse ausgedehnt worden sei. Aber seitdem die Niederlassung anderwärts gewöhnlicher geworden sei, mache sich auch der natürliche Zusammenhang mit dem Wohnorte entschiedener geltend.

c. Das Güterrecht der Ehegatten sei von großem Einfluß auf den Kredit und die Verkehrsverhältnisse derselben, und die Bevölkerung eines Ortes habe ein natürliches Recht zu der Annahme, die daselbst lebenden und wirthschaftenden Ehegatten richten sich in diesen Beziehungen nach dem an diesem Orte geltenden Rechte.

d. Wenn in einer größern Stadt eine Menge von Familien wohnhaft seien, deren heimatliche Rechte den verschiedensten Systemen des ehelichen Güterrechtes huldigen, z. B. dem römischen Dotalsystem oder dem deutschen System der Güterverbindung, oder der allgemeinen oder einer partikulären Gütergemeinschaft, und diese Systeme hinwieder mit mancherlei besonderen Modifikationen angenommen haben, so wäre es nicht bloß für das Verkehr treibende Publikum dieser Stadt, sondern auch für die rechtskundigen Juristen geradezu unmöglich, sich in alle diese Güterrechte hineinzudenken und die Güterverhältnisse eines jeden Ehepaares nach diesem gleichsam angeborenen oder angeheiratheten Rechte zu beurtheilen.

e. Der Grundsatz des Heimatsrechtes sei daher hier praktisch gar nicht durchzuführen, um so weniger als fast allenthalben in dieser Beziehung der Grundsatz des Wohnortes als maßgebend angesehen werde. Wenn es daher an dem auswärtigen Wohnorte zürcherischer Ehegatten zu Verträgen oder Prozessen über ihre güterrechtlichen Verhältnisse komme, so werden die auswärtigen Gerichte doch in der Regel sich nicht um das zürcherische Recht bekümmern, sondern nach dem dort geltenden Güterrechte entscheiden.

Für das Recht des Heimatsortes wurde geltend gemacht:

a. Die Rücksicht auf die bei uns hergebrachte Auffassung und das öffentliche Interesse, daß der familienähnliche Zusammenhang des Bürgerrechtes auch in seinen Wirkungen auf das Recht wie der Personen so der einzelnen Familien sich kräftig erweise;

b. die Gefahr, daß nach dem entgegengesetzten Grundsatz der Ehemann durch bloße Aenderung des Wohnortes ein für die Frau ungünstigeres Güterrecht willkürlich schaffen und so diese in eine bedenkliche Lage versetzen könnte;

c. der Vorzug der größeren Bestimmtheit, Sicherheit und Dauerhaftigkeit, welche das Recht des Heimatsortes gewähre, während der Wohnort und daher auch das Recht desselben leichter dem Zweifel und dem Wechsel ausgesetzt sei;

d. ganz vorzüglich aber der innere Zusammenhang des Güterrechtes der Ehegatten mit dem Erbrecht der Familie.

Der zuletzt angeführte Grund hatte damals in der Kommission den Ausschlag gegeben, da die Mehrheit es nicht für gerechtfertigt hielt, auch bezüglich der Frage, wie die Erbfolge zu bestimmen sei, von dem herkömmlichen Grundsatze des Bürgerrechtes abzugehen und auf das Recht des Wohnortes des Erblassers zu sehen.

Der Redaktor des neuen Entwurfes schloß sich dem bisherigen Rechte an; er beantragte dagegen einen Vorbehalt mit Bezug auf das eheliche Güterrecht Kantonsfremder, über welchen indessen bei § 615 zu berichten ist. Das Weitere s. § 1, 5.

3. Es gilt ferner das Recht des Heimatortes

a. für die Verhältnisse der väterlichen Vormundschaft und ebenso für das väterliche Güterrecht, wobei indessen, wenn zürcherische Väter im Auslande wohnhaft sind, die dortseitige Durchführung dieses Grundsatzes leicht auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen wird;

b. für die obrigkeitliche Vormundschaft, die Familienvormundschaft inbegriffen. Durch das eidgenössische Konkordat vom 15. Juli 1822 (Off. Samml. II, S. 36 u. 78. Bluntschli Bundesr. II. S. 406 ff.) wird für die konkordirenden Kantone Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unter-

walden, Zug, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell, Aargau, Tessin die Vormundschaftsbehörde des Heimatkantons der bevormundeten Personen als kompetent anerkannt und die Behörde des Wohnortes nur angewiesen, die vorläufigen dringlichen Maßregeln einzuleiten und darüber an jene zu berichten. In vielen auswärtigen Staaten wird aber der Grundsatz des Wohnortes auch hier als maßgebend angesehen.

4. Bluntschli sagt: „Nach dem nämlichen Prinzipe (Recht der Heimat) sollen auch die Familienverhältnisse der im Kanton wohnhaften Kantonsfremden beurtheilt werden, insofern das Recht ihres heimatlichen Staates solches verlangt. Es wird somit auch den auswärtigen Staaten die Beachtung ihres Rechtes ebenso zugesichert, wie gewünscht wird, daß jene in den erwähnten Fällen auf ihrem Gebiete die Anerkennung des zürcherischen Rechtes zulassen. Wenn aber fremde Staaten in diesen Dingen einen andern Grundsatz befolgen — und das wird sehr oft der Fall sein —, wenn sie insbesondere die Familienverhältnisse nach dem Rechte des Wohnortes beurtheilen, so kann auch im Kanton Zürich kein Bedenken daran hindern, mit Bezug auf die hierorts wohnenden Fremden, die solchen Staaten heimatlich zugehören, das zürcherische Recht zur Anwendung zu bringen. Durch diese Wendung des Grundsatzes werden manche Schwierigkeiten, die sich besonders bei der heimatsrechtlichen Behandlung der ehelichen Güterrechte kantonsfremder Personen ergeben würden, gehoben. Es kommt daher für die fremden Ehegatten, in deren Heimatsland das Recht des Wohnortes der Ehe angewendet wird, auch im Kanton Zürich das zürcherische Güterrecht zur Anwendung. (Z. IV, 145 Nr. 1; XIX, 131 Nr. 1.)"

Allein in neuerer Zeit haben das Obergericht und das Kassationsgericht auf im Kanton Zürich wohnhafte badische Ehegatten das badische eheliche Güterrecht angewendet, obgleich feststand, daß im Großherzogthum Baden auch nichtbadische Eheleute nach badischem Recht behandelt werden. Das Kassationsgericht sagt dabei in bewußtem Widerspruch gegen Bluntschli: „§ 3 stellt nicht auf den Grundsatz der Reziprozität ab, sondern bloß darauf, ob das heimatliche Recht selbst seine Anwendung auch für im Ausland wohnende Angehörige vorschreibe." (OG. 1883 Nro. 71.) Im Anschluß hieran verlangte ein bemerkenswerther Artikel in der Zeitschrift „Der Gerichtssaal" vom 9. Februar 1887, es sei „endlich mit der Bestimmung abzufahren, daß das Recht des Heimatsstaates zur Anwendung komme, sofern dieses heimatliche Recht solches vorschreibe"; es entstehe dadurch Unsicherheit in der Rechtsprechung, zumal viele Staaten über die Frage ungenügend legiferiert haben. Die regierungsräthliche Kommission hielt diesen Einwand jedoch nicht für durchschlagend und er wurde dann auch nicht weiter vertreten.

5. In ähnlicher Weise war vom früheren Gesetzbuche § 2 die Frage der Handlungsfähigkeit entschieden worden; dies ist jetzt weggefallen, weil nunmehr diese Frage unter eidgenössischem Rechte steht.

6. Der Bundesrath hat im Jahre 1856 in Sachen der Ehefrau Weber-Rohr entschieden, das in Ziff. 3 erwähnte Konkordat schließe nicht aus, daß die Weibergutsansprüche einer zürcherischen Ehefrau in dem in einem Konkordatskantone ausgebrochenen Konkurse ihres Mannes nach dem Rechte des Konkursortes beurtheilt werden. (Ullmer, staatsrechtl. Prax. Nro. 559.)

7. Im Konkurse eines im Kanton Zürich wohnenden Aargauers steht dessen Ehefrau das Privilegium des Weibergutes und die Vindikation ihrer Aussteuergegenstände auch dann zu, wenn sie nicht beim Manne gewohnt hat. (OG. 1883 Nr. 54.)

Das Gleiche gilt für die Thurgauerin (Z. XV, 313 Erw. 10 ff.) Ebenso ist im Konkurse eines in hiesigem Kanton wohnenden Würtembergers die Weiberguts-forderung nach zürcherischem Rechte behandelt worden. (OG. 1885. Nro. 93.)

§ 4.

[3.] Für die Beerbung gilt das Recht des Heimatsortes des Erblassers.

Die Beerbung von Kantonsfremden, welche im Kanton gewohnt haben, wird insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurtheilt, als das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt.

Eine Ausnahme macht die besondere Folge in liegende Stiftungsgüter.

1. Im Erbrecht soll das Recht des Heimatsortes des verstorbenen Zürchers über dessen Beerbung entscheiden, nicht das Recht des letzten Wohnortes desselben, das hinwieder anderwärts oft die Erbfolge bestimmt. Hierüber hat ein zwischen den Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Solothurn, Schaffhausen, Appenzell J.Rh., Aargau, Tessin bestehendes Konkordat vom 15. Juli 1822 (Eidg. Amtl. Samml. Bd. II p. 36 ff.) Näheres bestimmt. Demgemäß soll die Frage, wem die Erbschaft anfalle und in welcher Ordnung und in welchem Umfange, für auswärts wohnende Zürcher-Erblasser nach zürcherischem Rechte beantwortet und dieses auch für den Inhalt allfälliger letztwilliger Verordnungen (Testamente oder Erbverträge), nicht aber für deren Form maßgebend sein. Auch das Recht des Fiskus auf erbloses Gut gebührt nach zürcherischer Rechtsansicht dem Heimatsstaate des Erblassers. (Vergl. Wyß a. a. O. S. 72.) Im Verhältniß zu Frankreich ist durch Staatsvertrag vom 15. Juni 1869 (Eidg. Amtl. Samml. IX, 1002 ff.) Art. 5 derselbe Grundsatz sanktionirt.

Der Redaktor des neuen Gesetzes und die Kommissionen schlossen sich dem bisherigen Rechte an. Im Kantonsrathe dagegen drang zunächst das Territorialprinzip als das überall immer mehr Boden gewinnende durch; es wurde bestimmt:

„Für die Beerbung derjenigen Personen, welche im Zeitpunkte ihres Todes im Kanton ihren Wohnsitz gehabt haben, gilt ausschließlich das Recht des Kantons Zürich.

Die Beerbung von außer dem Kanton verstorbenen Kantonsbürgern wird nach dem zürcherischen Rechte beurtheilt, insofern der betreffende Staat die Anwendung des Heimatrechtes zuläßt."

Wie dann aber Prof. Treichler nachwies, daß nach der neueren Doktrin im Gegentheil das von Savigny verkannte Heimatsprinzip immer mehr Anerkennung finde, und so den Rath dazu brachte, das frühere Recht wieder herzustellen, darüber s. § 1, 5.

2. Die Erbfolge in den Nachlaß eines bei seinem Tode in Würtemberg domizilirt gewesenen Schweizer wird von den dortigen Gerichten nach würtembergischem Rechte behandelt. (Bundesblatt 1868. II. 440 Nr. 11.)

3. Der bei seinem Tode im Kanton Zürich wohnende Thurgauer wird nach zürcherischem Rechte beerbt. (Z. XXIII, 449 Erw. 3.)

4. In liegende Stiftungsgüter, insbesondere die sogenannten Familien-stiftungsgüter, Familienfideikommisse, ist gewöhnlich eine besondere singuläre Erbfolge angeordnet. Dafür kommt das Recht der belegenen Sache zur

Anwendung, nicht das persönliche Recht weder des Stifters noch des letzten Inhabers der Stiftung. Die Beziehung auf die eigenthümliche Natur des dem gewohnten Verkehr entzogenen Gutes ist hier überwiegend.

§ 5.

[6.] Die äußere Form eines Rechtsgeschäftes oder einer Rechtshandlung wird in der Regel nach dem Rechte des Ortes bestimmt, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder die Rechtshandlung vorgenommen worden ist. Im Interesse des Bestandes eines Rechtsgeschäftes kann indessen eine im Ausland vorgenommene Handlung als gültig anerkannt werden, auch wenn zwar nicht den dortigen Rechtsformen, wohl aber den hierorts für solche Geschäfte vorgeschriebenen formellen Erfordernissen ein Genüge geschehen ist.

Vorbehalten bleibt die Ungültigkeit derjenigen Handlungen, welche zur Umgehung der hier nothwendigen Rechtsformen außerhalb des Kantons, wenn auch in einer auswärts genügenden Form, vorgenommen worden oder für welche aus öffentlichen Rücksichten, damit sie im Kanton wirksam werden, bindende Vorschriften erlassen worden sind (z. B. Pfandrechte an Fahrniß, Leibdingsverträge).

1. Der Grundsatz, daß das Recht des Ortes, wo ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtshandlung vorgenommen wird, zunächst die Form bestimme, wird sprüchwörtlich ausgedrückt: Locus regit actum, und ist zum Theil eine Folge des Territorialprinzips, zum Theil aus der Beachtung der Schwierigkeiten hervorgegangen, welche dem Privatmanne im Wege stehen, wenn er in fremdem Lande Rechtsformen gebrauchen wollte, die dort nicht üblich sind. Der Zürcher, der z. B. auf einer Reise in Deutschland oder in Nordamerika ein Testament machen will, hat guten Grund, die dort geltenden Formen zu beachten, welche auch durch die Einrichtungen des Landes gehalten werden und den dortigen Rechtsverständigen, die er zu Rathe zu ziehen wünscht, gewöhnlich allein näher bekannt sind, wie umgekehrt der Fremde, der im Kanton Zürich ein Testament errichten will, sich an die hierorts üblichen Formen mit Recht hält. (Vgl. mit Bezug auf den Wechsel OR. Art. 823 und 824.)

Man fordert jedoch nicht absolut die Beobachtung fremder Formen, wenn das Rechtsgeschäft zwar im Auslande abgeschlossen worden ist, aber hier zu Lande zur Beurtheilung kommt. Vielmehr wird es hier auch dann anerkannt, wenn seine Form zwar nicht den Vorschriften am Entstehungsorte, aber den hierorts für dergleichen Geschäfte geltenden Grundsätzen gemäß erscheint.

Dieß ist auch durch Art. 3 des Konkordates vom 15. Juli 1822 betreffend Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse nicht ausgeschlossen. (Vgl. Z. XV, 458.)

2. Das Gesetz weist auf zwei Ausnahmen von der obigen Regel hin:

a. Wenn zur Umgehung der einheimischen für nothwendig erklärten Rechtsform ein Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist, so wird dasselbe hierorts nicht geschützt. Das gilt freilich nicht, wo jene Rechtsform nur eine finanzielle Bedeutung hat; z. B., wenn Jemand, um den Stempeltaxen

zu entgehen, vorzieht, in einem Lande das Geschäft zu machen, wo keine Taxen der Art eingeführt sind, sondern die Form um des Rechtsgeschäftes selbst willen aus Rechtsgründen vorgeschrieben ist. Z. B. für Leibdingsverträge schreibt das zürcherische Recht eine gerichtliche Form vor (§ 477). Würden nun Leibdingnehmer und Leibdinggeber, um der damit verbundenen Prüfung des Falles auszuweichen, den Vertrag außerhalb des Kantons abschließen, wo eine besondere Form dafür nicht vorgeschrieben ist, so würde ein derartiger Vertrag doch nicht hierorts als gültig anerkannt. Würden aber Ehegatten einen Kaufvertrag über auswärts befindliche Liegenschaften ohne Beachtung der Vorschrift des § 443 abschließen, so wäre das nicht mehr zur Umgehung des zürcherischen Gesetzes, sondern in zulässiger Benutzung des dortigen Landrechtes geschehen, das auch dort zur Anwendung gelangte.

b. Ebenso ist das anderwärts nach den dortigen Rechtsformen abgeschlossene Rechtsgeschäft hierorts doch nicht zu schützen, wenn aus öffentlichen Gründen hierorts die Gestattung des Rechtsschutzes formell beschränkt worden ist, gesetzt auch, es sollte jenes nicht gerade zur Umgehung des hiesigen Rechtes anderwärts abgeschlossen worden sein.

3. Das in § 4, 1 erwähnte Konkordat bestimmt:

„Betreffend die zur Errichtung eines Testamentes nothwendigen äußerlichen Förmlichkeiten, so unterliegen solche den gesetzlichen Bestimmungen des Ortes, wo dasselbe errichtet wird."

Dadurch wird jedoch die Gültigkeit des Testamentes bei Anwendung der Formen des heimatlichen Rechtes des Testators nicht ausgeschlossen. (Z. XV, 462 Erw. 4 u. ff.)

§ 6.

[7.] Vorbehalten bleiben für alle obigen Regeln:

a. die Bestimmungen der Staatsverträge;
b. die Vorschriften des eidgenössischen Rechtes;
c. besondere Bestimmungen kantonaler Gesetze;
d. abweichende ausdrückliche oder aus schlüssigen Thatsachen hervorgehende Bestimmungen der Vertragspersonen oder des Verfügenden, insoweit nicht bindende gesetzliche Vorschriften dadurch verletzt werden.

1. Staatsverträge. Von der Art sind eine Reihe von eidgenössischen Konkordaten, sowie der bei § 4, 1 erwähnte Vertrag mit Frankreich. Die Staatsverträge sind um ihrer völkerrechtlichen Autorität willen immer voraus zu beachten.

2. Das frühere Gesetzbuch enthielt in der Einleitung noch einen weiteren Paragraphen [5], welcher folgendermaßen lautete:

„Forderungen und Schulden werden regelmäßig nach dem örtlichen Recht beurtheilt, welches nach der besondern Uebereinkunft der Kontrahenten oder nach der innern Natur des Verhältnisses als einverstanden erscheint."

Derselbe wurde schon von der regierungsräthlichen Kommission gestrichen, theils weil er nichtssagend sei und ohnehin unter § 6 lit. d falle, theils weil die Frage nun nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen ist. Bluntschli bemerkte zu dem Paragraphen:

„A. Die Frage, welches örtliche Recht die Beurtheilung obligatorischer Verhältnisse regle, läßt sich nur nach Erwägung der besondern Natur der einzelnen Obligationen beantworten. Da die meisten Forderungen und Schulden auf Vertrag beruhen und ihren Inhalt aus der Willensübereinkunft der Paciscenten erhalten, so wird voraus auch in jener Beziehung auf den Willen derselben zu achten und das von ihnen gewollte örtliche Recht anzuwenden sein. Aber nur äußerst selten werden sich dir Parteien darüber in dem Vertrage selbst ausdrücklich ausgesprochen haben und in den meisten Fällen werden wir aus dem Zusammenhang und der Natur der Verabredung auf den stillschweigend vorausgesetzten Willen der Kontrahenten schließen müssen. Mehrere neuere Gesetzgebungen nehmen an, im Zweifel sei der Vertragsort gemeint. Indessen paßt die Annahme doch nur auf die Form des Vertrags (§ 5), nicht aber oder nur ausnahmsweise auf den Inhalt und die übrigen Verhältnisse der Obligatio. In der Regel haben die Kontrahenten den Erfüllungsort der Schuld im Sinn und daher muß auch das Recht dieses Ortes beachtet werden. Es lassen sich daher folgende Klassen von Fällen unterscheiden:

a. Der Erfüllungsort der Schuld ist in dem Vertrage benannt oder ergibt sich sonst aus der Natur der Leistung, die an einen bestimmten Ort gebunden ist, mit Sicherheit. Z. B. Eine Bank gibt Schuldscheine auf den Inhaber aus, in denen die Kasse der Bank als Einlösungsort bezeichnet ist. Oder der Verkäufer eines Grundstücks ist verpflichtet, in dem Notariatskreise, wo das Grundstück liegt, die Fertigung vornehmen zu lassen. Oder ein Frescomaler übernimmt die Zimmer eines Hauses zu malen. In den ersteren Fällen stimmt der Gerichtsstand des Wohnortes des Schuldners regelmäßig mit dem Erfüllungsort der Schuld zusammen. In dem letzteren Falle können beide wohl aus einander liegen. (Z. XIX, 112 Erw. 3; 133 Nro. 2.)

b. Ist der Erfüllungsort nicht benannt und nicht mit Nothwendigkeit gegeben, so ist im Zweifel der Wohnort des Schuldners als der gemeinte Erfüllungsort anzusehen, der denn auch zugleich den regelmäßigen Gerichtsstand begründet, wo der säumige Schuldner belangt werden muß. Es gilt das auch von gegenseitigen Obligationen, wo daher, wenn beide Kontrahenten an verschiedenen Wohnorten wohnen, zwei verschiedene örtliche Rechte wie zwei verschiedene Gerichtsstände zur Geltung kommen, und ebenso von accessorischen Verbindlichkeiten, z. B. Bürgschaften, wo aus dem gleichen Grunde der Hauptschuldner und der Bürge verschiedenen örtlichen Rechten unterworfen sind. (Z. XX, 16 Erw. 4 ff.).

c. Die Veränderung des Wohnortes des Schuldners vor Erfüllung seiner Verbindlichkeit bewirkt zwar eine Aenderung im Gerichtsstande, bleibt dagegen ohne Einfluß auf die Hauptsache, denn mit Bezug auf diese kömmt dasjenige örtliche Recht zur Anwendung, welches die Kontrahenten bei Eingehung des Vertrages sich als maßgebend gedacht haben. (Z. XIII, 206, Nro. 1; XVII, 219.) Aus dem gleichen Grunde kommt auch bezüglich der Frage der Verjährung einer vom Schuldner an seinem frühern Wohnorte kontrahirten Schuld nicht das hiesige Recht, sondern das Recht des Ortes zur Anwendung, welcher bei Eingehung der Schuld als Erfüllungsort gedacht wurde (Z. XII, 61; 457 Erw. 2; XIX, 134, Nro. 3), und ebenso kann eine, in Folge Nichtbeachtung einer bestimmten gesetzlichen

Vorschrift am Wohnorte des Schuldners untergegangene Schuld nicht dadurch wieder aufleben, daß der letztere seinen Wohnort in ein Staatsgebiet verlegt, dessen Gesetzgebung eine ähnliche Rechtsbestimmung nicht kennt. (Z. XIX, 74.)

d. Die Frage, ob der Gläubiger, welcher von seinem auswärts wohnenden Schuldner eine Zahlung erhalten hat, aus irgend einem Grunde, z. B. wegen kurz nachher eingetretenem Konkurse des letztern, zur Rückerstattung derselben verpflichtet sei, ist nicht nach dem örtlichen Rechte des Schuldners, sondern nach demjenigen des Gläubigers, als dem Rechte des Erfüllungsortes, zu beurtheilen. (Z. XVI, 57 Erw. 3; XVII, 237 ff.)

e. Ausnahmsweise aber ist nicht das örtliche Recht des Wohnortes entscheidend, wenn nach der eigenthümlichen Beschaffenheit des Vertrages der Ort des Abschlusses zugleich als wahrer Erfüllungsort angesehen werden muß. Das ist z. B. bei Verträgen der Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern u. dgl. oder bei Käufen auf offenem Markte der Fall, wo die Regel gilt: Zug um Zug, und das Recht des Meßortes entscheidet, wenn über die Perfektion des Kaufes, die Größe des Kaufpreises, die Valuta 2c. Streit entsteht. Dagegen ist der nach stattgefundener Vollziehung des Kaufes entstandene Streit über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nach dem örtlichen Rechte des letztern zu beurtheilen, da derlei Ansprüche an dem Wohnorte des Verpflichteten eingeklagt werden müssen und zu erfüllen sind. (B. XVIII, 471; Z. III, 271.)

f. Eine andere Ausnahme wird durch bindende Gesetzesvorschriften begründet, welche eben den freien Vertragswillen ausschließen. Z. B. über die Unklagbarkeit der Spielschulden.

B. Die Meinungen über das örtliche Recht für die Deliktsschulden waren in der Kommission getheilt. Die Mehrheit derselben neigte sich zu der Ansicht, daß es auf den Ort der Klage ankomme, die Minderheit betrachtete den Ort, wo das Delict begangen worden, als bestimmend. Man zog es vor, die Streitfrage nicht durch das Gesetz zu entscheiden, sondern dieselbe der Wissenschaft und Praxis zu überlassen." (Die letztere Ansicht ist adoptirt worden vom deutschen Reichsoberhandelsgericht Bd. XXIII Nro. 60 seiner Entscheidungen.)

3. In vielen Fällen, aber nicht immer, wurde der Erfüllungsort als maßgebend angenommen (Z. XX, 147; XIX, 76, Erw. 2; XXIII, 352); Frachtverträge wurden nach dem Rechte des Aufgabeortes, nicht des Ablieferungsortes beurtheilt. (U. Nro. 3428.)

Erstes Buch.

Personenrecht.

Erster Abschnitt.

Von den einzelnen Menschen.

---

§ 7.

[8.] Jeder Mensch ist in der Regel alles Privatrechtes fähig. Kein Mensch ist rechtlos.

1. Jeder Mensch. Das heutige Privatrecht hat vorzugsweise einen allgemeinen menschlichen Charakter, so daß die Gegensätze des Geschlechtes (Männer und Weiber), der Nationalität (Einheimische und Fremde) und der Stände (Bürger und Bauern) zurücktreten. Die Ausnahmen, wo diese Gegensätze wieder Unterschiede erzeugen, erfordern daher eine besondere Begründung.

2. Rechtlos. Unser Recht erkennt demgemäß keine Sklaverei an, auch nicht von fremden Sklaven, die mit ihrem Herrn das Land bereisen, und es läßt die Wirkungen des sogenannten bürgerlichen Todes nicht zu.

§ 8.

[9.] Die Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) des Menschen beginnt mit seiner Geburt und endigt mit seinem Tode.

1. „Rechtsfähigkeit" ist nicht gleichbedeutend mit „Persönlichkeit", aber jene ist als wichtigste Folge dieser hervorgehoben.

2. Geburt. Es versteht sich, daß eine lebende Geburt vorausgesetzt wird. Hat aber z. B. ein neugebornes Kind den Tod seines Vaters oder seiner Mutter überlebt, wenn auch nur um kurze Zeit, so ist es deren Erbe geworden, und stirbt es bald darauf, so geht die elterliche Erbschaft jetzt als seine Verlassenschaft auf seine Erben über.

3. Das österreichische Gesetzbuch § 23 hat eine Vermuthung für das Leben des neugeborenen reifen Kindes angenommen, welche in eine Reihe von schweizerischen Gesetzgebungen übergegangen ist: Bern 11, Luzern 11, Solothurn 14, Aargau 21, Freiburg 12, Wallis 9; auch in das Gesetz von Sachsen 34. Unser Gesetz hat dieselbe nicht bestätigt, und richtiger ist es, für das Leben des neugeborenen Kindes wie für jedes andere thatsächliche Verhältniß, aus dem man Rechte ableitet, Beweis zu fordern, als willkürliche Vermuthungen aufzustellen.

§ 9.

[10.] Das Kind im Mutterleibe hat unter der Voraussetzung, daß es lebendig geboren werde, die Anwartschaft auf Persönlichkeit und Erwerb von Privatrechten, und ist dabei von Rechtes wegen vorläufig zu schützen.

Das Kind im Mutterleibe ist nicht, wie manche neuere Gesetzgebungen vorzüglich der Schweiz es darstellen (Bern 10, Luzern 10, Solothurn 13, Aargau 20, Freiburg 12, zum Theil auch das preußische Landrecht I. 1, § 10 ff., weniger das österreichische Gesetzb. § 22) als Person zu betrachten. Wie die hängende Frucht noch ein Theil der fruchttragenden Sache, so ist auch das Kind im Mutterleibe noch ein Theil des mütterlichen Leibes und wird von der Persönlichkeit der Mutter umfaßt. Zu einem individuellen Menschen, und daher zur Person wird es erst durch die Geburt. Aber weil in ihm der Keim einer künftigen Persönlichkeit liegt, die in eine bestimmte Rechtssphäre eintreten wird, so bedarf es des vorläufigen und eventuellen Rechtsschutzes, den in den meisten Fällen schon die Familie gewährt, zu dessen Vollziehung aber unter Umständen auch ein außerordentlicher Vormund durch die Obrigkeit bestellt wird. (Vgl. § 736; ferner § 868, 909.)

§ 10.

[12.] Die Mündigkeit des Kindes beginnt mit dem zurückgelegten sechszehnten Altersjahre.

1. Die Mündigkeit wird von der Volljährigkeit unterschieden. Die Mündigkeit bezeichnet das Ende des Kindes- und den Anfang des Jünglingsalters, und wie in dem Alter von sechszehn Jahren die physische Entwicklung eine neue Lebensstufe regelmäßig erstiegen hat, so wirkt dieselbe auch auf die Bildung des Geistes und auf die Fähigkeit, die Rechtsverhältnisse zu verstehen und zu handeln, so bedeutend ein, daß die Rechtsordnung sie nicht übersehen darf. Zwar ist der Mündige noch nicht völlig reif für das Rechtsleben. Er bedarf daher einer Ergänzung und eines besonderen Schutzes noch durch die Vormundschaft. Aber er ist doch theilweise herangereift und kann daher wohl persönlich mitwirken und unter Umständen auch handeln. (Vgl. § 756.) Die kirchliche Konfirmation schließt sich bei uns regelmäßig an das Alter der bürgerlichen Mündigkeit an und bestätigt so die natürliche Unterscheidung zwischen Unmündigen und Minderjährigen.

2. Gesetz betr. die Gewerbe der Pfandleiher u. s. w. vom 21. Mai 1882 (Off. Samml. Bd. XX, 373): „Dem Pfandleiher ist jeder Geschäftsverkehr mit Leuten unter sechszehn Jahren untersagt."

3. Die Volljährigkeit tritt nach dem Bundesgesetz betr. die bürgerliche Handlungsfähigkeit Art. 1 mit dem zurückgelegten zwanzigsten Altersjahre oder mit der Verheirathung ein.

§ 11.

[13.] Ein Abwesender, dessen Schicksal nicht ausgemittelt werden kann, wird von dem Tage an, auf welchen sich die letzte sichere Kunde von seinem Leben bezieht, noch fünfzehn Jahre lang als lebend vermuthet.

1. Diese beschränkte Vermuthung für das Leben einer abwesenden Person, von deren Leben man keine Kenntniß hat, ist unserem Rechte eigenthümlich. Kämen lediglich die natürlichen Grundsätze zur Anwendung, so würde auch in dieser ersten Zeit der Abwesenheit weder für das Leben noch für den Tod zu vermuthen, sondern je nachdem jenes oder dieser behauptet wird, der Beweis für diese Behauptung zu verlangen sein. Jene positive Vorschrift ist aber bei uns hergebracht, und hat theils darin auch einen natürlichen Anhalt, daß doch einige Wahrscheinlichkeit für die Fortdauer des Lebens in der ersten Zeit besteht, theils ein rechtliches Interesse, Erbschaften, die dem (wahrscheinlich lebenden) Abwesenden anfallen, nicht vorerst an andere Erben übergehen zu lassen. Die Beweglichkeit des neueren Lebens hat dieses Interesse gesteigert. (Vgl. § 911.)

2. Z. B. A unternimmt eine wissenschaftliche Reise ins Innere von Afrika. Die letzte sichere Nachricht von seinem Leben gibt ein Brief aus Kairo vom 1. Januar 1860. Im Jahre 1870 stirbt seine Mutter B und hinterläßt als nächste Anverwandte außer ihm zwei Brüder. Hier wird er als einziger Erbe seiner Mutter angesehen und die Erbschaft von Seite der stellvertretenden Vormundschaft (§§ 734, 743) für ihn bezogen und verwahrt. Die Brüder der Mutter dagegen werden ausgeschlossen, obwohl sie die rechtmäßigen Erben wären, wenn der unbekannt abwesende Sohn todt wäre. Um jener gesetzlichen Vermuthung willen müssen daher die Brüder, wenn sie die Erbschaft ansprechen, seinen frühern Tod beweisen. Können sie das nicht und wird er erst in der Folge durch das Gericht als todt erklärt (§ 14), so geht die Erbschaft der Mutter dannzumal als seine Erbschaft auf seine eigenen nächsten Erben über.

3. Das, was für die Personen gilt, welche, wenn der Abwesende nicht mehr als lebend zu vermuthen wäre, zur Erbschaft gelangen würden, gilt selbstverständlich auch gegenüber Dritten, welchen der nunmehr Abwesende zur Zeit des Lebens des Erblassers durch Vertrag (§§ 1082 ff.) seine Anwartschaft auf das zu erwartende Erbe abgetreten hat. Diese können nur an dessen Stelle zur Erbschaft gelangen, wenn nachgewiesen wird, daß der Cedent den Tod des Erblassers erlebt habe oder daß die letzte sichere Nachricht von seinem Leben aus den letzten fünfzehn Jahren vor dem Tode des Erblassers herrühre. (Z. XII, 35 Erw. 2.)

4. Der gleiche Schutz, welcher dem abwesenden Erben zu Theil wird, kömmt auch demjenigen zu gut, welchem der Erblasser ein Vermächtniß zugewendet hat und der zur Zeit des Todes des letztern noch nicht volle fünfzehn Jahre unbekannt abwesend ist. (Z. VIII, 176 Nr. 132.)

§ 12.

[14.] Ausgenommen sind:

a. diejenigen Fälle, in welchen zwar der Beweis des Todes des Abwesenden unmöglich, aber eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit des Todes aus den Umständen gerichtlich nachgewiesen ist;

b. der Fall, wenn der Anwesende, insofern er noch lebte, ein Alter von achtzig Jahren bereits überschritten hätte.

In diesen Fällen wird die Vermuthung für das Leben aufgehoben durch die nachgewiesene Wahrscheinlichkeit des Todes oder durch den Beweis

eines Alters von mehr als achtzig Jahren, und ist der Abwesende als verschollen zu betrachten.

1. Hohe Wahrscheinlichkeit des Todes. Z. B. es sind erhebliche Anzeichen dafür da, daß Jemand ertrunken sei, aber die Leiche wird nicht aufgefunden. Oder ein Soldat blieb schwer verwundet auf dem Schlachtfeld liegen, als ihn seine Kameraden verließen, und seither hörte man nichts mehr von ihm.

2. Ein Alter von achtzig Jahren. Z. B. als man die letzte sichere Kunde von dem Leben des Abwesenden erhielt, war er bereits siebzig Jahre alt. Seither hörte man nichts mehr von ihm. Nach zehn Jahren, also von dem Zeitpunkte des erreichten achtzigsten Altersjahres an, hört die gesetzliche Vermuthung für das Leben auf.

3. Verschollen. Wenn daher nach dem Tage, an welchem das Schiff unterging, in welchem der Ertrunkene sich befunden hat, oder nach der Schlacht, in welcher der Soldat wahrscheinlich geblieben ist, oder nach dem Tage, an welchem der abwesende Greis ein Alter von achtzig Jahren erreicht hatte, ein Anverwandter des so Verschollenen stirbt, so fällt jene Erbschaft nicht mehr dem Verschollenen anheim, sondern ohne Rücksicht auf diesen an die übrigen nächsten Erben.

4. Verschollenheit hebt die Ehe, also das Recht der Ehefrau auf Lebensunterhalt aus dem Vermögen des Mannes, nicht auf. (Z. XVII, 161.)

5. Vgl. § 916.

§ 13.

[15.] Nach Ablauf von fünfzehn Jahren gilt, auch abgesehen von den Voraussetzungen des § 12, keinerlei Vermuthung mehr für das Leben, und es wird der Abwesende nunmehr als verschollen angesehen.

1. Nach Ablauf von fünfzehn Jahren der unbekannten Abwesenheit hört nun auch in den regelmäßigen Fällen eine gesetzliche Vermuthung für das Leben ganz so auf, wie in dem § 12 a bezeichneten Falle seit dem Zeitpunkt des wahrscheinlichen Todes, und in dem § 12 b erwähnten seit Erfüllung eines Alters von achtzig Jahren. Es besteht somit überall keine gesetzliche Vermuthung mehr weder für das Leben noch für den Tod. Und die einfachen Beweisregeln machen sich geltend, wornach jeder, der ein Recht anspricht, diejenigen bestrittenen Thatsachen zu beweisen hat, auf welche das behauptete Recht sich stützt. Wenn somit nachher ein Erblasser stirbt, dessen nächster Erbe der Abwesende wäre, vorausgesetzt, daß er den Tod des erstern wirklich erlebt hätte, so kann die Vormundschaftsbehörde als Stellvertreter des unbekannt Abwesenden diese Verlassenschaft nicht mehr in seinem Namen ansprechen, weil ihr der Beweis für jenes faktische Verhältniß des Lebens des Erben zur Zeit des Todes des Erblassers unmöglich fällt. (M. IV, 165 ff.; V, 98; Z. V, 261 Nro. 87; X, 399 Nro. 70; XV, 216 Nro. 98; XVII, 165 Erw. 4.)

2. Diese Wirkung der unbekannten Abwesenheit tritt von selbst ein, insbesondere bedarf es hiezu einer gerichtlichen Verschollenheitserklärung nicht. (Z. III, 140.) Dagegen ist eine solche nöthig, um dem nächsten Erben den Zinsgenuß des in vormundschaftlichem Gewahrsam befindlichen Vermögens des Abwesenden einzuräumen. (Vgl. §§ 912 ff.)

3. „Der Aufruf eines unbekannt Abwesenden zum Zwecke der Verschollenheits- und Todeserklärung ist nur dann zulässig, wenn dem Aufzurufenden vor dem Ablauf von 15 Jahren seit dem Zeitpunkt, auf den sich die letzte Kunde von seinem Leben bezieht, Vermögen zugefallen ist. Von da an wird bei Erbtheilungen keine Rücksicht mehr auf den Abwesenden genommen; es steht in diesem Falle den Erben jederzeit frei, unmittelbar kraft ihres Erbrechtes das Vermögen des Aufzurufenden sei es zur Nutznießung, sei es zu Eigenthum für sich in Anspruch zu nehmen, ohne daß es hiezu eines Aufrufes bedürfte.“ (OG. 1883 Nro. 85.)

§ 14.

[16.] Wenn von dem Zeitpunkte an gerechnet, in welchem nach §§ 12 und 13 die Vermuthung für das Leben erloschen ist, weitere fünfzehn Jahre verflossen sind, ohne daß man von dem Leben des Verschollenen seither eine sichere Kunde erhalten hat, so wird von da an die Vermuthung seines Todes begründet und die Todeserklärung über den Verschollenen ausgesprochen.

1. Sowohl der Verschollenheitserklärung, wo diese nothwendig ist (vgl. § 13, 2) als der Todeserklärung muß ein gerichtlicher Aufruf des Abwesenden und allfälliger unbekannter Erben desselben vorausgehen, welchen das Obergericht nach vorheriger sorgfältiger Prüfung des Falles bewilligt (§§ 913, 917 und 918.) Gewöhnlich wird die Frist zur Anmeldung auf neun Monate bestimmt. Eine Verschollenheitserklärung braucht der Todeserklärung nicht nothwendig vorauszugehen, auch wenn es sich um die eigene Verlassenschaft des Abwesenden handelt. (B. II, 458 Nro. 78.)

2. Das Datum der von dem Gerichte ausgesprochenen Todeserklärung ist nicht das entscheidende. Vielmehr spricht sich diese nur aus über die vorher begründete Vermuthung des Todes und bekräftigt dieselbe, hat somit den Zeitpunkt zu beachten, wo diese eingetreten sein wird. Dieser Zeitpunkt ist immer fünfzehn Jahre später als der Eintritt der eigentlichen Verschollenheit (§§ 12 und 13), tritt also in der Regel dreißig Jahre nach der letzten Kunde von dem Leben des unbekannt Abwesenden, in den Ausnahmsfällen des § 12 früher, aber frühestens nach fünfzehn Jahren ein.

§ 15.

[17.] Die Todeserklärung bezeichnet genau den Tag, von welchem an der Verschollene als todt zu vermuthen ist.

1. Vgl. § 744. Die Todeserklärung soll den Tag, an welchem die Vermuthung für den Tod gesetzlich begründet worden (§ 14), genau fixiren. Es ist das wichtig, weil von diesem Tage an das Vermögen des Abwesenden zur Erbschaft wird und nach diesem Tage sich die Erbverhältnisse richten (§ 919.)

§ 16.

[18.] Die Vermuthung für das Leben (§ 11) wird, abgesehen von den in § 12 bezeichneten Ausnahmen, durch den Beweis des Todes in einem früheren, die Vermuthung für den Tod (§ 14) durch den Beweis

des Todes in einem anderen, oder des Lebens in einem späteren Zeitpunkte zerstört.

I. Das Gesetz begründet auf eine immerhin künstliche Weise Vermuthungen, sowohl für das Leben als für den Tod. Diese Vermuthungen sollen einer ohne sie bestehenden Ungewißheit und Unsicherheit ein Ende machen, können aber eben darum nur insoweit wirken, als jene Ungewißheit und Unsicherheit besteht.

So wird die durch § 11 begründete Vermuthung für das Leben des unbekannt Abwesenden während der ersten fünfzehn Jahre zerstört

a. durch den Nachweis, daß für einen frühern Tod des Abwesenden hohe Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, § 12 a;
b. durch den Nachweis, daß der Abwesende ein Alter von achtzig Jahren bereits überschritten haben müßte, wenn er noch als lebend gedacht werden sollte, § 12 b;
c. durch den Beweis des wirklichen Todes in einem frühern Zeitpunkte.

Die praktischen Folgen dieser Beweise sind aber verschieden. In den beiden ersten Fällen wird der Abwesende als Verschollener zu behandeln sein. Demgemäß ist

1. eine nach jenem Zeitpunkte des wahrscheinlichen Todes in seinem Namen bezogene Erbschaft zurück zu erstatten;
2. auf eine später eintretende Verlassenschaft kein Erbanspruch für ihn zu erheben;
3. sein Vermögen aber einstweilen unter vormundschaftlicher Obsorge zu behalten und seinen jeweiligen nächsten Erben lediglich die Nutznießung daran fünfzehn Jahre lang zu verstatten.

Im dritten Falle dagegen, des Beweises des wirklichen Todes, sind alle Verhältnisse nach den regelmäßigen Grundsätzen des Erbrechtes zu reguliren, somit

1. eine nach jenem Zeitpunkte bezogene Erbschaft heraus zu geben;
2. eine später anfallende nicht anzusprechen;
3. das Vermögen des Abwesenden selbst als dessen Verlassenschaft den zur Zeit seines Todes nächsten Erben gänzlich zu überlassen.

II. Die gesetzliche Vermuthung für den Tod wird zerstört:

a. Durch den Beweis des Lebens in einem spätern Zeitpunkte.

   In diesem Falle ist das Vermögen an den wieder erschienenen Abwesenden herauszugeben, es wäre denn, daß er noch volle zwanzig Jahre lang nach dem Eintreten der Vermuthung für den Tod unbekannt abwesend geblieben wäre. (§ 920). Würde er, nachdem eine sichere Kunde von seinem Leben angelangt, von neuem unbekannt abwesend werden, so gehen die Fristen von neuem an.

b. Durch den Beweis des Todes in einem frühern Zeitpunkte.

   Die Folge wird sein, daß die zur Zeit des wirklichen Todes nächsten Erben berechtigt sein werden, von den später in Folge der Vermuthung des Todes durch die Todeserklärung berufenen und anerkannten Erben die Verlassenschaft aushin zu begehren.

c. Durch den Beweis des Todes in einem spätern Zeitpunkte.

Dannzumal haben die echten Erben die Herausgabe der Verlassenschaft von den früheren bloß vermeintlichen Erben zu begehren.

Zweiter Abschnitt.

Von den privatrechtlichen Korporationen.

§ 17.

[27.] Für diejenigen privatrechtlichen Korporationen und Genossenschaften, welche nicht unter die Titel XXVI und XXVII, Art. 612 bis 715 des Schweizerischen Obligationenrechtes fallen und für diejenigen Vereine zu idealen Zwecken, welche sich nicht gemäß Art. 716 daselbst in das Handelsregister haben eintragen lassen, sind unter Vorbehalt der bindenden Vorschriften der §§ 30, 31, 34 und 35 die Korporations- oder Vereinsstatuten maßgebend. Soweit aber die Statuten keine abweichenden Bestimmungen enthalten, gelten die Vorschriften der nachfolgenden §§ 18 bis 29, 32, 33, 36 bis 39.

1. Der Ausdruck Korporationen ist in dem weiten Sinne gebraucht, wornach alle gleichzeitigen Verbindungen von mehreren Individuen zu einer Einheit oder Gesammtheit, die hinwieder als Rechtssubjekt, als Person erscheint, Korporationen heißen, sei es, daß wie bei der römischen Universitas nur das Moment der Einheit beachtet wird und die verbundenen Individuen in der neuen juristischen Person untergehen, oder sei es, daß wie bei den deutsch-rechtlichen Genossenschaften beides zugleich, die Verbindung als eine zusammengesetzte Gesammtperson, und deren Glieder als verbundene Individuen berücksichtigt werden.

2. Von den staatlichen und den kirchlichen Korporationen ist in diesem Gesetzbuche nicht die Rede; sie folgen nicht privatrechtlichen, sondern staatsrechtlichen Regeln, welche theils durch die kantonale, theils durch die Bundesverfassung und die sogenannten organischen Gesetze gegeben werden. Titel XXVI des schweiz. OR. handelt von den Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, Titel XXVII von den Genossenschaften im technischen Sinn, für diese alle ist lediglich das Bundesgesetz maßgebend.

Mit Bezug auf die Vereine unterscheidet das schweizerische OR. zwischen

a. Wirthschaftlichen Vereinen. Diesen spricht es in Art. 717 das Recht der Persönlichkeit ab, wenn sie nicht in das Handelsregister eingetragen sind; und

b. Vereinen, welche wohlthätige, gesellige, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische oder andere ideale Zwecke verfolgen (Art. 716).

Diesen kann das kantonale Recht auch ohne Eintragung ins Handelsregister das Recht der Persönlichkeit zuerkennen, und das zürcherische Recht thut das in § 18 dieses Gesetzes, wie schon im § 20 des früheren Gesetzes. Nach unserem Paragraphen stellt das Gesetzbuch nur für Vereine dieser Art Regeln auf, obgleich das schweizerische OR.

keineswegs ausgeschlossen haben würde, das auch für wirthschaftliche Vereine zu thun. Nach den Kommissionalberathungen ist diese Ausschließlichkeit nicht eine bewußte und beabsichtigte, und so steht gewiß nichts entgegen, die §§ 21 u. ff. analog auch auf wirthschaftliche Vereine in Anwendung zu bringen. Außerdem anerkennt das schweizerische OR. in Art. 719 andere juristische Personen, wie Allmendgenossenschaften u. drgl., und unterstellt sie ebenfalls dem kantonalen Rechte. Es bestimmen darüber die §§ 19 ff. dieses Gesetzes.

3. Dieser Paragraph theilt die in den folgenden Paragraphen enthaltenen Vorschriften über die Korporationen in folgende zwei Gruppen:

a. Die §§ 30, 31, 34, 35 sogen. zwingendes Recht, d. h. Vorschriften, welche durch die Statuten nicht abgeändert werden können, so daß also eine davon abweichende Bestimmung der Statuten einfach ungültig ist;

b. Die §§ 18 bis 29, 32, 33, 36 bis 39, sogen. vermittelndes Recht; es kann in den Statuten gültig etwas Abweichendes bestimmt werden, und nur insoweit als dies nicht geschehen ist, gelten diese Gesetzesparagraphen.

4. Die Verbindung der Grundeigenthümer einer Gemeinde zur Vertilgung der Maulwürfe ist privatrechtlicher Natur; es fällt daher der Beitritt dem freien Ermessen des Einzelnen anheim. (Z. XV, 199.)

§ 18.

[20.] Solche Korporationen und Vereine bedürfen zu ihrer Entstehung lediglich der in den Statuten festzustellenden Uebereinkunft mehrerer Mitglieder und erlangen dadurch ohne Weiteres das Recht der Persönlichkeit.

Vgl. § 17, 2.

1. Solche Korporationen, z. B. Bibliothekgesellschaften, Museen, Wohlthätigkeitsvereine u. dgl. Wenn im Verkehr eine Korporation sich den dritten Personen zu erkennen gibt und diese mit ihr als solcher Verträge abschließen, so können sich diese Dritten nicht beschweren, daß nun die Korporation ihnen je nach ihrer Natur und nicht die Glieder derselben persönlich haften. Wenn dagegen etwa Vorsteher oder Agenten einer Korporation nicht im Namen dieser, sondern individuell Verträge eingehen, so haften dieselben auch immer individuell.

2. Statuten. Das entscheidende Moment ist nicht der bloße Konsens der Mitglieder, sondern der Akt der Konstituirung der Korporation. Diese muß als juristische Person organisirt sein, um als solche anerkannt zu werden und handeln zu können. Die Statuten bestimmen diese Organisation und daher wird die Annahme der Statuten als Anfangsmoment der Korporation angesehen.

§ 19.

[neu.] Genossenschaften, welche durch besondere Gesetze vorgesehen und mit Zwangsrechten ausgerüstet sind, wie z. B. Bewässerungs- und Entwässerungs-, Flur- und Garantiegenossenschaften, erhalten die juristische Persönlichkeit mit ihrer Entstehung nach Maßgabe der betreffenden Gesetze.

Vgl. § 17, 2.

1. Dieser Paragraph ist erst von der kantonsräthlichen Kommission eingefügt worden und zwar nach dem Muster des seit Erscheinen des schweiz. OR. neu redigirten Gesetzbuches des Kantons Thurgau § 19. Der Ausdruck Genossenschaften wurde hier gebraucht, weil er auch in den betreffenden Spezialgesetzen erscheint; sonst aber ist er in diesem Abschnitt vermieden worden zur Vermeidung einer Verwechslung mit der vom schweiz. OR. Titel XXVII speziell mit diesem Namen bezeichneten Verbindung.

2. Als Genossenschaften der hier bezeichneten Art erscheinen z. B.:

Die in den §§ 17 u. ff. des Vereinigungsgesetzes bezeichnete Vereinigung von Grundeigenthümern zu gegenseitiger Garantie von zur Ablösung von Schulden erforderlichen neuen Darlehen. (Off. S. Bd. IX, 470.)

Die Genossenschaft der Grundeigenthümer, gebildet behufs Be- oder Entwässerung einer Bodenfläche, Ges. betr. Bewässerung 2c. §§ 24 u. ff. (Das. Bd. XIII, 275.)

Die Vereinigung von Waldbesitzern zur Bestellung eines Försters, Forstgesetz § 16. (Das. Bd. XII, 396.)

Die Genossenschaft von Viehbesitzern zur Haltung eines Zuchtstiers. Verordnung vom 24. Dez. 1881. (Das. Bd. XX, 323.)

Die Flurgenossenschaft von Grundbesitzern zur Handhabung der Flurpolizei s. Ges. betr. die Flurpolizei §§ 4, 6 u. ff. (Das. Bd. XX, 362.)

Dagegen hat das Obergericht entschieden, daß die Flurgenossen der §§ 31 ff. des Flurgesetzes (Vereinigung von Grundeigenthümern einer Flurabtheilung zur Anlegung von Flurwegen, Off. S. XII, 662), keine juristische Person bilden, da ausdrücklich bestimmt ist, daß die Flurwege im Miteigenthum der Flurgenossen stehen. (OG. 1885 Nro. 5.)

Es könnte sich aber doch wohl fragen, ob solche Korporationen, welche von Gesetzes wegen Zwangsrechte erhalten haben oder öffentliche Zwecke verfolgen, nicht eher zu den öffentlichen zu rechnen und daher besser hier weggelassen worden wären; (s. § 17, 2) wenigstens hat das Obergericht eine Vereinigung von Rebbesitzern für die Bewachung der Rebberge als eine öffentlich rechtliche erklärt. (Z. XX, 355.)

§ 20.

[21.] Diejenigen aus der ursprünglichen Gemeindeverbindung hervorgegangenen Korporationen der **Gerechtigkeitsbesitzer**, bei welchen die gänzliche Ausscheidung ihrer Güter von dem Gemeindegut stattgefunden hat, stehen mit Ausnahme der forstgesetzlichen Bestimmungen über Korporationswaldungen den übrigen privatrechtlichen Korporationen gleich.

1. Gerechtigkeitsbesitzer. Ueber deren Geschichte vgl. besonders Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich, Buch IV. § 11; v. Wyß, die schweizerischen Landgemeinden, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. I, S. 20 ff. Gewöhnlich ist eine Waldung oder sind Nutzungsrechte an einer Waldung der Hauptbestandtheil ihres Vermögens, welches aus ursprünglicher Allmende zu privatrechtlichem Genossengute geworden ist.

2. Ausscheidung. Das Gesetz deutet an, daß die Auseinandersetzung der Gemeinde als einer nun wesentlich öffentlichen Korporation und der privatrecht-

lichen Genossenschaft der Gerechtigkeitsbesitzer, welche in alter Zeit in Eins verbunden waren, aus dem Gesichtspunkte einer Ausscheidung gleichartiger Ansprüche zweier Personen an einem gemeinsamen Gute, nicht wie das früher oft irriger Weise geschehen ist, aus dem einer Streitigkeit zwischen Eigenthümer und Servitutberechtigtem zu behandeln sei. Die endliche Ausscheidung solcher Mischverhältnisse soll dadurch gefördert werden, daß die gänzlich ausgeschiedenen Genossenschaften der Art dann andern rein privatrechtlichen Korporationen gleichgestellt, d. h. auch von der Kontrole des Bezirks- und des Regierungsrathes befreit werden, während vor der Ausscheidung mit den Gemeinden sie noch genöthigt sind, ihre Rechnungen alljährlich einzusenden und sich die Oberaufsicht gefallen lassen müssen, welcher die Gemeinden unterliegen.

3. Forstgesetzlichen Bestimmungen. Das Forstgesetz vom 27. Dez. 1860 Off. S. Bd. XII, 393, enthält eine Reihe von Bestimmungen, durch welche die Kultur der Genossenschaftswaldungen wie die der Staats- und Gemeindewaldungen näher geordnet und die Verfügung der Eigenthümer darüber beschränkt wird. Diese Bestimmungen werden ausdrücklich vorbehalten und sie rechtfertigen sich theils aus der eigenthümlichen auf lange Zeiträume berechneten Natur des Waldes und seiner Bedeutung für die allgemeine Wohlfahrt in Verbindung mit der Erinnerung, daß auch die Genossenschaftswaldung urspünglich Allmende war.

§ 21.

[28.] In der Versammlung derjenigen Korporationen, welche eine Einheit ohne Theilrechte (eine juristische Person im engeren Sinne) bilden, haben alle männlichen Korporationsglieder, welche eigenen Rechtes und nicht in ihren bürgerlichen Ehren zurückgesetzt sind, Sitz und Stimme. Das Stimmrecht wird von den Mitgliedern persönlich, nicht durch Stellvertreter ausgeübt.

1. Es werden zwei Hauptarten von Korporationen unterschieden (vgl. § 17, 1), die juristischen Personen im engern Sinn, in denen nur die Einheit des Gesammtsubjekts, und die deutschrechtlichen Genossenschaften, in denen die Einheit und die Vielheit der Subjekte zugleich beachtet werden, und dieser Unterschied übt einen großen Einfluß auf die Verfassung aus. Von der ersten Art sind z. B. viele gemeinnützige Vereine, die Freimaurerlogen, gelehrte Vereine. Zur zweiten gehören die Korporationen der Gerechtigkeitsbesitzer und die Aktienverbindungen, Sentengenossenschaften (B. XVIII, 144); ebenso die Eigenthümer von Wiesen, welchen zusammen Wässerungsrechte an einem Gewässer zustehen (Z. XII, 120, Nro. 43); nicht dagegen die meistens bei Gelegenheit der Vereinigung des Grundprotokolls einer Gemeinde entstandene Verbindung der Grundeigenthümer zum Zwecke einer gegenseitigen Garantie der auf ihren Liegenschaften versicherten Schulden. (Z. III, 27). Die Verfassung jener ist lediglich nach dem Interesse des Ganzen zu bestimmen, die der letztern muß auch die Rechte der betheiligten Glieder sorgfältiger bedenken.

2. Männlichen Korporationsglieder. Die Frauen sind, wie in der Staatsverfassung, um ihres Geschlechtes willen von der Berathung in der Versammlung ausgeschlossen.

3. Eigenen Rechtes, d. h. die nicht unter Vormundschaft stehen. Es sind also voraus die Minderjährigen von dem Stimmrecht ausgeschlossen.

4. Bürgerlichen Ehren. In Folge dessen sind ausgeschlossen: die Falliten und die wegen eines entehrenden Verbrechens oder zu entehrender Strafe verurtheilten Personen, so lange sie nicht wieder rehabilitirt sind. Man kann es keiner korporativen Versammluug zumuthen, daß sie in ihrer Versammlung Personen mitwirken lasse, auf denen ein Makel der Unehrbarkeit haftet. Dagegen ist das politische Bürgerrecht kein nothwendiges Erforderniß des korporativen Stimmrechts. Es können auch fremde Individuen zu einer hiesigen Korporation verbunden sein.

5. Nicht durch Stellvertreter. Es ist also möglich, daß eine Person Mitglied einer Korporation sei, z. B. eine Frau Mitglied einer wohlthätigen Verbindung, ohne ein Stimmrecht, weder persönlich noch durch einen Stellvertreter, ausüben zu können.

§ 22.

[29.] Wenn dagegen die einzelnen Glieder einer Korporatian Theilrechte besitzen an dem Korporationsvermögen (Gerechtigkeiten), so ist in der Versammlung der Mitglieder nicht nach Personen, sondern nach Theilrechten zu stimmen.

1. Die einzige Abweichung dieses Paragraphen von seinem frühern Wortlaut besteht darin, daß in der Klammer die Worte „oder Aktien" weggelassen worden sind, weil die Aktiengesellschaften nicht mehr unter das kantonale Recht fallen, s. § 17, 2 und das Wort „Genossen" durch Mitglieder ersetzt wurde, s. § 19, 1.

2. Nicht nach Personen-, sondern nach Theilrechten. Vgl. § 29. Die Verfassung der juristischen Person im engern Sinn berücksichtigt die Personen der Mitglieder nur insofern, als sie derselben bedarf, um einen einheitlichen Gesammtwillen zu erzeugen, die Verfassung der Korporation mit Theilrechten dagegen muß voraus die Theilrechte selbst beachten. An die Theilrechte schließen sich die Korporationsrechte der Personen an, die Theilrechte besitzen. Es werden daher in der Korporationsversammlung nicht einfach die Anwesenden gezählt und jedem ein gleiches Stimmrecht zugestanden, sondern es werden die vertretenen Theilrechte gezählt und jeder Person so viel Stimmrechte gegeben, als sie Theilrechte besitzt und vertritt.

3. Ueber solche Korporationen vgl. B. II, 447; III, 20; Z. XIV, 462.

§ 23.

[30.] Jeder männliche Inhaber eines Theilrechtes, welcher eigenen Rechtes ist, kann in der Versammlung persönlich erscheinen und sein Theilrecht vertreten. Außerdem kann jeder Berechtigte sich in der Versammlung vertreten lassen.

1. Männliche Inhaber. Die Stimmfähigkeit (zu unterscheiden von dem Stimmrecht) der Mitglieder wird ähnlich bestimmt wie die der Glieder einer einheitlichen Korporation. In der Regel sind auch da Weiber und Bevormundete von den Versammlungen ausgeschlossen. Dagegen wird hier die Ehrenfähigkeit der Mitglieder

nicht als selbstverständliches Erforderniß ihrer Theilnahme an den Versammlungen bezeichnet. Natürlich bleibt es den Statuten vorbehalten, darüber andere Bestimmungen zu treffen.

2. Jeder Berechtigte, also auch unbedenklich eine Frau oder ein Minderjähriger, die ein Theilrecht und daher ein Stimmrecht haben. Hier ist der Grundsatz der Stellvertretung natürlich, eben weil es sich um eigenes Recht der Mitglieder handelt, bei den einheitlichen Korporationen (§ 21) nicht.

3. Eigenen Rechtes, s. § 21, 3.

§ 24.

[31.] Als Stellvertreter ist Jeder zulässig, welcher eigenen Rechtes und in der bürgerlichen Ehre nicht herabgesetzt ist, auch wenn er nicht Mitglied der betreffenden Korporation ist. Ueber seine Vollmacht hat er sich auszuweisen.

1. Eigenen Rechtes, s. § 21, 3.

2. Bürgerliche Ehre. Von den Stellvertretern wird persönliche Ehrbarkeit gefordert, nur die Mitglieder selbst werden um des Mangels daran willen nicht ausgeschlossen.

3. Nicht Mitglied, z. B. der Ehemann einer Antheilhaberin oder der Vormund eines minderjährigen Gerechtigkeitsbesitzers, aber auch der Geschäftsführer oder der Rechtsanwalt eines Volljährigen, wenn er dazu ermächtigt worden.

§ 25.

[32.] Jedem vollen Theilrechte steht eine ganze Stimme zu; Bruchtheile eines Theilrechtes haben ein ihrer Bruchzahl entsprechendes Stimmrecht.

1. Im Gegensatz dazu sind Aktien untheilbar. Schweiz. OR. Art. 614.

§ 26.

[33.] Niemand darf bei der Abstimmung in der Versammlung der Mitglieder mehr als einen Drittel sämmtlicher Theilrechte repräsentiren.

1. Ein Antrag in der Kommission von 1853, diese Bestimmung bindend zu machen, blieb in der Minderheit, ebenso der entgegengesetzte, den Grundsatz: So viel Theilrechte, so viel Stimmen, auch über jene Grenze hinaus rücksichtslos durchzuführen. Die meisten Statuten werden schon früher die Anhäufung der Stimmrechte beschränken. Möglich ist aber, daß aus guten Gründen jene Grenze überschritten werde. Der Grund der Beschränkung, die sich übrigens nur auf die Zählung der Stimmrechte, keineswegs auf den Antheil an dem gemeinsamen Vermögen bezieht, liegt in der Natur des Korporationsverhältnisses, welches erfordert, daß auch die einzelnen Stimmberechtigten ihr Stimmrecht in Wahrheit ausüben können, was unmöglich wird, sobald eine kleine oligarchische Minderheit das unbeschränkte Recht erhalten, in allen Fällen ihren Willen zum entscheidenden zu machen. Die Grenze des Gesetzes ist in dieser Beziehung eher zu weit als zu eng gezogen, um vor dieser Gefahr zu schützen, und es sind daher

genauere Bestimmungen in den Statuten anzurathen, wo überhaupt in den Verhältnissen Grund zu Besorgnissen sich ergibt.

2. Das schweiz. OR. Art. 640 Abs. 2 ist nun aber viel weiter gegangen; es gestattet bei der Aktiengesellschaft nur die Geltendmachung eines Fünftels der Stimmrechte, und schließt entgegenstehende Bestimmungen der Statuten aus, während nach § 17 unser § 26 nur vermittelndes Recht enthält; s. § 17, 3.

§ 27.

[34.] Ueber die Bedingungen zur Aufnahme neuer Mitglieder der Korporation und den Austritt aus derselben entscheiden die Korporationsstatuten.

Sind Theilrechte vorhanden, so sind dieselben veräußerlich und vererblich.

1. Veräußerlich. Die Theilrechte sind Gegenstand des Vermögensverkehrs. Die Veräußerlichkeit derselben ist aber wieder nicht absolute Vorschrift, sondern nur die Regel.

Beschränkungen der Veräußerlichkeit sind jedoch nur insoweit zuläßig, als sie nicht

a. mit Bezug auf besondere Arten von Genossenschaften durch Spezialgesetze ausgeschlossen sind; oder

b. wohlerworbene Rechte einzelner Genossen verletzen (§ 30); oder endlich

c. über den Bereich des Korporationszweckes hinausgehen, vorbehältlich des Falles, wo gegen eine Ueberschreitung nicht rechtzeitig Einwendung erhoben worden ist (§ 31).

Die Korporationsstatuten der meisten Holzgenossenschaften enthielten früher die Bestimmung, daß kein Theilrecht außer die Gemeinde verkauft werden dürfe. Durch § 56 des Forstgesetzes vom Jahr 1837 (Off. S. IV. 376) wurden diese Beschränkungen aufgehoben. In dem jetzt geltenden Forstgesetze vom Jahr 1860 (Off.S. XII, 393) kommt diese Bestimmung nicht mehr vor, wohl lediglich deßwegen, weil das Verbot nicht mehr als nothwendig erschien. Es hat daher jene Weglassung keineswegs den Sinn, daß solche Beschränkungen für die Zukunft wieder gestattet seien. (Z. XV, 353).

§ 28.

[35.] Der Vorstand oder der Präsident und die Mitglieder der Vorsteherschaft werden von der Versammlung der Korporation aus den stimmberechtigten Mitgliedern derselben gewählt.

1. Mitgliedern. Stellvertretende Agenten der Korporation können gar wohl auch außerhalb der Mitgliederzahl gesucht werden. Dieselben werden gewöhnlich von der Vorsteherschaft ernannt.

§ 29.

[37.] Bei Wahlen sowohl, als bei Beschlüssen entscheidet die einfache Mehrheit der in der Versammlung anwesenden Korporationsglieder oder,

wo Theilrechte bestehen, die Mehrheit der in der Versammlung repräsentirten Theilrechte.

1. Die einfache Mehrheit, d. h. die wirkliche, nicht die sogenannte relative Mehrheit. Wenn z. B. in der Versammlung sechsunddreißig Mitglieder oder Stimmrechte repräsentirt sind, und es stimmen vierzehn für A, zwölf für B und zehn für C, so ist noch keine Mehrheit vorhanden und es wird ein zweiter Wahlgang nöthig. Erhält in diesem A siebzehn und B neunzehn Stimmen, so ist B gewählt.

2. Theilrechte, also nicht die Mehrheit der in der Versammlung Anwesenden ohne Rücksicht auf den Umfang ihrer Theilrechte. (Z. VI, 251, Erw. 17). Dabei gilt aber immerhin, wo die Statuten nichts Anderes bestimmen, die Beschränkung des § 26.

3. Das frühere Gesetz enthielt in § 36 eine Bestimmung, daß jeder Korporation die Befugniß zustehe, „einen ständigen Stellvertreter im bürgerlichen Verkehr und vor den Staatsbehörden und Aemtern zu ernennen, vorausgesetzt, daß derselbe das Aktivbürgerrecht besitze und handlungsfähig sei". Sie war speziell für den Rechtskonsulenten der Stadt Zürich aufgestellt worden. Da nun aber die Advokatur freigegeben ist, erschien der Paragraph als überflüssig.

§ 30.

[38.] Wohlerworbene Rechte einzelner Korporationsglieder dürfen denselben nicht willkürlich durch Mehrheitsbeschlüsse entzogen oder geschmälert werden.

1. Wohlerworbene Rechte. (Vgl. Schweiz. OR. Art. 627, Abs. 1.) Z. B. Ein Mitglied der Korporation hat dieser Geldvorschüsse gemacht. Die Versammlung darf nicht über seine Schuldforderung verfügen; er steht ihr vielmehr wie ein Dritter gegenüber. Sie darf auch nicht die auf eine bestimmte Anzahl von Jahren stattgefundene Vertheilung des gemeinsamen Landes unter die Mitglieder vor Ablauf dieser Zeit willkürlich aufheben. (Z. VI, 333; VII, 270 Erw. 4.) So weit aber allgemeine Anordnungen ihr zustehen, z. B. zu Vertheilung der Nutzungen, darf sie wohl für alle einzelnen Mitglieder gleichmäßig bindende Beschlüsse fassen. Es versteht sich, daß derartige Streitigkeiten zwischen dem Einzelnen, der für sein wohlerworbenes Recht Schutz verlangt, und der Korporation als Rechtssache zu behandeln sind.

2. Die Rechte einer Korporation und ihrer Mitglieder richten sich nach den jeweilen bestehenden Gesetzen und den inner den Schranken dieser erlassenen Statuten; demnach kann, nachdem durch spätere Gesetze die früher hinsichtlich der Veräußerung der Theilrechte bestandenen Beschränkungen aufgehoben worden sind, kein Mitglied, das von dieser Befugniß Gebrauch machen will, aus dem Grunde, daß dies die wohlerworbenen Rechte der übrigen Mitglieder verletze, daran verhindert werden. (Z. XV, 356 Erw. 6.)

3. Mehrheitsbeschlüsse. Dieser Ausdruck ist nicht dahin zu verstehen, daß Beschlüsse, welche von den an einer Korporationsversammlung Theil nehmenden Mitgliedern mit Einmuth gefaßt werden, für die abwesenden Mitglieder verbindlich seien, auch wenn durch dieselben wohlerworbene Rechte verletzt werden; denn den abwesenden Theilhabern steht ganz das gleiche Recht zur Einsprache gegen einen solchen

Beschluß zu, wie denjenigen, welche bei der Fassung zwar anwesend gewesen, aber in der Minderheit geblieben sind. (Z. VI, 335 Erw. 1; XXII, 19 Erw. 2.)

§ 31.

[39]. **Wahlen und Beschlüsse**, welche, auch ohne unter die Bestimmung des § 30 zu gehören, über den Bereich des Korporationszweckes hinausgehen, oder denselben wesentlich gefährden, oder in gesetz- oder statutenwidriger Form geschehen, können von der Minderheit angefochten werden. Eine derartige Anfechtung ist innerhalb Monatsfrist bei dem zuständigen Friedensrichteramte, beziehungsweise dem Schiedsgerichte einzuleiten.

1. Unter den Beschlüssen, von denen hier die Rede ist, sind nur solche zu verstehen, welche von der Versammlung der Korporationsmitglieder gefaßt werden, nicht auch solche, welche die Verwaltungsbehörde der Korporation erläßt. Gegenüber den letztern steht denjenigen Mitgliedern, welche sich in ihren wohlerworbenen Rechten beeinträchtigt glauben, die Berufung an die Generalversammlung zu. (Z. XIX, 134 Nro. 4.)

2. Ueber den Bereich des Korporationszweckes. Z. B. Die Mehrheit eines Bibliothek- und Lesevereins beschließt, die Anschaffung von Büchern und Zeitungen aufzugeben und statt dessen gesellschaftliche Lustpartieen zu veranstalten. Oder die Mehrheit erläßt Statuten, durch welche die Minderheit in ihren Rechten beeinträchtigt wird, oder sucht in anderer Weise einen ungebührlichen Druck auf dieselbe auszuüben (Z. VI, 228; VII, 265; XXII, 18 Nro. 2), oder will im Widerspruch mit den Statuten die durch relatives Stimmenmehr getroffenen Wahlen gutheißen. Da braucht sich die Minderheit das nicht gefallen zu lassen. Weniger entschieden das schweiz. OR. Art. 627, Abs. 2 u. 3. (Vgl. § 45.)

3. Dagegen sind Mehrheitsbeschlüsse der Korporation, welche lediglich die Verwaltung betreffen, auch wenn die Ansicht der Minderheit zweckmäßiger und besser scheint, oder wenn sie sonst einem Theile der Genossen aus individuellen Gründen unbequem oder beeinträchtigend vorkommen, für die Minderheit verbindlich. (Z. VIII, 453; XVI, 100; XVII, 99.)

4. Eine derartige Bestreitung, d. h. aus einem der in diesem § 31 angeführten Grunde; für Anfechtung von Beschlüssen wegen Verletzung wohlerworbener Rechte (§ 30) gilt diese Frist nicht. (Z. V, 300 Erw. 3.)

5. Innerhalb Monatsfrist. Die kurze Verjährungsfrist soll eine verderbliche Streitlust zügeln und verhindern, daß nicht nach langer Zeit noch korporative Beschlüsse von Minderheiten in Frage gestellt werden. Durch die Einleitung der Klage beim Friedensrichteramt wird die Verjährung unterbrochen und sie tritt überall nicht ein, wenn die Versammlung durch eine nicht in gehöriger Weise bestellte Vorsteherschaft einberufen oder die durch Gesetz oder Statuten für die Form der Verhandlungen festgesetzten Vorschriften nicht beachtet worden sind. (Z. IV, 147 Nro. 3.)

6. Wird die Anfechtung für begründet erklärt, so hat nicht die Korporation, sondern allein die unterliegende Mehrheit die Gerichtskosten zu tragen. (Z. XV, 357 Erw. 8.)

7. Der Schluß des Paragraphen enthält keine materielle Aenderung des früheren Rechtes; er gibt nur genauer an, mit welchem Momente die Verjährung der Klage unterbrochen werde.

§ 32.

[40.] Jedes Mitglied einer Korporation mit oder ohne Theilrechte kann aus der Verbindung austreten, wenn es seine Verpflichtungen an dieselbe gehörig erfüllt hat.

1. Vgl. für die Genossenschaften des schweizerischen Obligationenrechtes OR. Art. 684.

2. In dem einseitigen Rücktritt von der Verbindung, die dem Einzelnen immer freisteht, so weit er nicht Schuldner der Gesellschaft ist, z. B. seine Beitragspflicht noch nicht erfüllt hat, liegt auch eine Verzichtleistung auf seine Ansprüche an das korporative Vermögen. Er kann keine Theilung fordern. Hat er aber wohlerworbene Rechte als Dritter, so werden diese durch den Austritt nicht zerstört.

§ 33.

[41.] Die einzelnen Mitglieder einer Korporation sind nicht berechtigt reale Theilung des Korporationsgutes zu fordern, noch wenn sie Theilrechte besitzen, Ausscheidung ihres Antheiles.

1. Diese Mitglieder sind eben nicht Miteigenthümer am Korporationsgut; Miteigenthümer dagegen können Theilung verlangen s. § 114.

§ 34.

[43.] Wenn die Mehrheit einer Korporation deren Auflösung beschließt, so ist die Minderheit, falls durch diesen Beschluß ihre eigenen oder öffentliche Interessen verletzt werden, berechtigt, denselben nach § 31 anzufechten.

1. Die Auflösung geschieht in der Regel durch einen Auflösungsbeschluß der Versammlung, welcher dem Konstituirungsbeschluß entspricht. Da indessen die Korporation ein Leben und eine Bestimmung für sich hat, die nicht völlig abhängig sind von der wechselnden Bestimmung der gerade vorhandenen Mitglieder, so kann auch der Wille der Mehrheit nicht absolute Geltung haben. Vielmehr muß es der Minderheit gestattet sein, im Interesse der Fortdauer der Korporation und der fortgesetzten Erfüllung ihrer Bestimmung gegen einen Mehrheitsbeschluß Einsprache zu erheben und dabei als die wahre Vertreterin der Korporation diese zu schützen. Dem unbefangenen Richter kommt es dann zu, zu beurtheilen, ob unter den vorhandenen Umständen die Auflösung oder die Fortdauer der Korporation gerechtfertigt sei. Die erstere wird er gutheißen, wenn der Mehrheitsbeschluß statutenmäßig gefaßt ist, und durch denselben weder die öffentlichen Interessen, noch die der Minderheit verletzt werden. Im entgegengesetzten Falle wird er den Auflösungsbeschluß als ungültig kassiren. Den einzelnen Mitgliedern jener Mehrheit steht es natürlich immer frei, nach § 32 auszutreten, wenn sie nicht länger sich bei den Zwecken der Korporation betheiligen wollen.

2. Der Satz des frühern Gesetzes: „Korporationen, welche zu ihrer Entstehung der Genehmigung des Staates nicht bedürfen, haben diese in der Regel auch nicht nöthig zu ihrer Auflösung", ist gestrichen worden. Solche Staatsgenehmigung war nur für die Aktiengesellschaften vorgeschrieben, nun ist sie auch bei diesen weggefallen und steht ihre Aufhebung überhaupt nicht mehr unter kantonalem Privatrecht.

§ 35.

[45]. Der Regierungsrath ist berechtigt, gegenüber einer entarteten oder den Kredit oder andere öffentliche Interessen gefährdenden Korporation reformirend einzuwirken.

Ueberdies kann der Kantonsrath solche Korporationen auflösen, sofern sie unerlaubte oder unsittliche oder gemeinschädliche Zwecke verfolgen.

Es ist jedoch vorher der Korporation Gelegenheit zu geben, sich zu vertheidigen, und es ist der Aufhebungsbeschluß zu begründen.

1. Das Gesetzbuch begünstigt zwar die korporative Freiheit und will auch durch diese Bestimmung nicht zu ungebührlicher bureaukratischer Einmischung in die innern Angelegenheiten der Korporationen, zumal der rein privatrechtlichen, ermächtigen. Aber es wahrt doch auf der andern Seite auch das Recht der Staatsgewalt, krankhaften Erscheinungen des korporativen Lebens, insbesondere wenn offenbare Mißbräuche einreißen, oder die öffentlichen Interessen durch dieselben gefährdet werden, entgegenzuwirken und ein Recht der Reform auszuüben. Auch dann freilich darf die Regierung nicht ihren Willen an die Stelle des Korporationswillens setzen und von sich aus positive Ordnungen erlassen. Aber sie darf von der Vorsteherschaft und der Versammlung der Korporation verlangen, daß sie jenen Mißbräuchen ein Ende machen und von der Gefährdung der öffentlichen Interessen abstehen; sie darf auch, so weit die polizeilichen Befugnisse reichen, diese ausüben, und wenn dem Uebel so nicht gesteuert wird und die öffentliche Wohlfahrt es nöthig macht, auf Auflösung einer derartigen Korporation antragen.

2. Kantonsrath. Dem Regierungsrath wird nur das Recht der Reform, im Interesse der korporativen Selbständigkeit nur dem Kantonsrath das Recht der Auflösung zugestanden.

3. Bezüglich der Auflösung eines in das Handelsregister eingetragenen Vereins gelten die Bestimmungen des schweiz. OR. Art. 716, Abs. 3 u. 4.

4. Das frühere Gesetz enthielt einen Paragraphen (25), durch welchen für Schulden von Korporationen, welche zu unerlaubten oder unsittlichen Zwecken eingegangen wurden, die Theilnehmer solidarisch haftbar gemacht wurden. Da diese Bestimmung aber nach dem schweiz. OR. für die im Handelsregister eingetragenen Korporationen nicht mehr gilt, schien es nicht passend, sie für die übrigen beizubehalten; zudem fallen Korporationen mit solchen Zwecken wohl nicht unter § 17 dieses Gesetzes.

§ 36.

[46.] Wird eine Korporation aufgelöst, in welcher die einzelnen Mitglieder Theilrechte besessen haben, so wird das gesammte Vermögen unter dieselben nach Maßgabe ihrer Theilrechte vertheilt.

1. Bei der Aktiengesellschaft ergibt sich die nämliche Bestimmung aus der Natur der Sache, vergl. OR. Art. 667. Der nämliche Grundsatz ergibt sich aber auch für Korporationen mit ungleichen Theilrechten, z. B. auf Gegenseitigkeit gegründete Versicherungsgesellschaften; der Maßstab ist dann gegeben durch das Maß der Kapitalbetheiligung der einzelnen Versicherten.

2. Die Aenderung dieses Paragraphen gegenüber dem früheren Rechte besteht lediglich darin, daß nach den Worten „so wird" die Worte „in der Regel" weggelassen wurden.

§ 37.

[47.] Bildete die aufgelöste Verbindung dagegen eine Korporation ohne Theilrechte, und sind keine gültigen Bestimmungen über die Nachfolge in ihr Vermögen getroffen worden, so fällt das Korporationsgut, wenn die Korporation für einen Gemeindezweck gegründet war oder vorzugsweise dem Interesse der Bürger oder Einwohner einer bestimmten Gemeinde diente, der betreffenden Gemeinde, wenn sie einen andern öffentlichen Zweck hatte, dem Staate, in andern Fällen endlich den letzten Mitgliedern zur Vertheilung unter sich, je nach ihrer Anzahl, anheim.

1. Das Gesetz ordnet die Succession in das hinterlassene Korporationsvermögen richtiger als die gemeine Meinung, wonach dasselbe in allen Fällen in dem weiten Schlund des Fiskus verschlungen wird. Vorerst steht es der Korporation selbst zu, sei es durch ihre Statuten oder durch ein Rechtsgeschäft, über ihr Vermögen zu verfügen, beziehungsweise dasselbe einer andern Person zu übertragen, oder auch vertragsmäßig zuzusichern. Nur wenn sie das unterlassen hat, bedarf es einer Rechtsregel, welche die Nachfolge in dem Gut analog dem Erbrechte regelt.

2. Gemeinde. Unter folgenden Voraussetzungen fällt das Korporationsgut an die Gemeinde:

a. Wenn die Korporation für einen Gemeindezweck begründet war; z. B.: Es hat sich eine Korporation gebildet, um die Straßenbeleuchtung in einer Gemeinde einzuführen und zu unterhalten, oder zu Anschaffung eines Begräbnißplatzes, oder eine Bibliothekgesellschaft zu Gunsten einer oder mehrerer Gemeindeschulen.

b. Wenn dieselbe vorzüglich im Interesse der Bürger oder Einwohner einer bestimmten Gemeinde gelegen war. Dahin gehören z. B. Korporationen zu Wohlthätigkeitszwecken, deren Thätigkeit sich in der Hauptsache auf die örtlichen Bedürfnisse beschränkt, Vereine jeder Art, bei denen nur Bürger und Einwohner einer Gemeinde als Mitglieder betheiligt sind u. dgl.

3. Dem Staate. Wenn die Korporation einem öffentlichen Zwecke dient, der nicht den Gemeindeinteressen angehört, dann fällt das Gut dem Staate anheim. Z. B.: Eine Bibliothekgesellschaft dient den Lehranstalten des Staats. Ein Unterstützungsverein sorgt für die Armen eines Bezirks oder des Kantons.

4. Den letzten Mitgliedern. Ist der Zweck kein öffentlicher, so sind die vorhandenen Mitglieder immer noch näher berechtigt an dem Gute als die Ge-

meinde oder der Staat, und das Korporationsgut fällt daher jenen zur Vertheilung zu. Z. B.: ein geselliger Verein löst sich auf, der eine einheitliche Kasse besessen, aus welcher mancherlei Vergnügen bestritten ward. Das Kriterium für das Zutreffen dieser Bestimmung besteht indeß darin, daß die bei einer solchen Kasse Betheiligten als Korporation organisirt gewesen sind und daß das vorhandene Vermögen aus Beiträgen der Mitglieder oder aus Schenkungen, die ihnen zu Erfüllung des Vereinszweckes zugewendet worden, entstanden ist. (Z. XIX, 422.)

5. Ueber einen weitern Vorschlag, der in der Kommission von 1853 zur Sprache gekommen war, daß auch darauf Rücksicht genommen werde, ob das Korporationsgut seinem größern Theile nach von Bürgern einer Gemeinde zusammengelegt worden sei, und in diesem Falle nicht der Staat, sondern die bezügliche Gemeinde succediren solle, hatte man sich nicht verständigen können. Diese Rücksicht kann daher für sich allein nicht entscheiden, sondern höchstens als ein Moment für die Interpretation des Zweckes der Korporation in Betracht kommen.

§ 38.

[48.] Fällt ein Korporationsgut nach § 37 der Gemeinde oder dem Staate anheim, so soll dasselbe denjenigen Gütern einverleibt werden, deren Bestimmung der früheren Benutzung des Korporationsgutes am nächsten verwandt ist.

Insbesondere fallen die Korporationsgüter, welche die Unterstützung von Armen oder Kranken einer Gemeinde oder einer Klasse von Einwohnern einer Gemeinde oder Angehörigen einer Anstalt in der Gemeinde bezwecken, dem Armengute (den Armenanstalten) der betreffenden Gemeinde, diejenigen aber, welche die Unterstützung von weiteren Kreisen der Bewohner oder von Kantonsanstalten bezwecken, dem entsprechenden Gute (Anstalt) des Staates zu.

1. Denjenigen Gütern. Beispiele:

a. Ein Korporationsgut für Gemeindegutszwecke soll dem Schulgut der Gemeinde, für Staatsschulzwecke zur Dotation der betreffenden Unterrichtsanstalten verwendet werden.

b. Ein Korporationsgut für kirchliche Zwecke, z. B. für Herstellung einer Kirchenorgel, wird dem Kirchengute der betreffenden Gemeinde einverleibt. Das Klostergut hat im Allgemeinen ebenfalls diese Natur und soll daher zu kirchlichen Zwecken der betreffenden Konfession verwendet werden, zunächst zur Dotation der Gemeindekirche und ihres Kultus, dann auch, wenn dieses Bedürfniß befriedigt und andere Nebenrücksichten, z. B. auf die Schulinteressen, denen dasselbe auch gedient, beachtet worden sind, für weitere Zwecke der Kirche. In diesem Sinne ist bei Aufhebung des Klosters Rheinau gehandelt worden (Off. S. XIII, 177). Die frühere Praxis in ganz Europa hat in diesen Dingen sich zu wenig um Rechtsgrundsätze bekümmert, und im Namen der Aufklärung ist viel willkürliche Barbarei geübt worden. Eine fortschreitende Zivilisation wird auch da die Herrschaft des Rechtes begründen.

c. Fonds, die für Armenzwecke dienen, sollen dem betreffenden Armengute, sei es der Gemeinde, sei es des Staates, einverleibt werden, solche die für Krankenpflege bestimmt sind, der am nächsten verwandten Krankenanstalt (Spitalfond).

§ 39.

[49]. Eine Korporation, über deren Vermögen das Konkursverfahren vollzogen wird, geht dadurch unter.

1. Im Konkurse wird das Korporationsvermögen zur Konkursmasse und dient zur Deckung der Korporationsgläubiger. Die einzelnen Mitglieder der Korporation werden weder persönlich noch mit ihrem Privatvermögen dabei betroffen.

Dritter Abschnitt.

Von den Stiftungen.

---

§ 40.

[50.] Zu Stiftungen, durch welche eine dauernde Anstalt begründet, oder einem Vermögen ein besonderes Dasein zu bestimmtem Zwecke über den Tod des Stifters hinaus verschafft werden soll, sind nur mündige und willensfähige Personen berechtigt. Ehefrauen und Kinder, welche unter der väterlichen Vormundschaft stehen, bedürfen überdies der Zustimmung des Ehemannes oder Vaters, unter öffentlicher Vormundschaft stehende Personen der Zustimmung der Obervormundschaft.

Auch von einer juristischen Person kann eine Stiftung errichtet werden.

1. Der ursprüngliche Gesetzesvorschlag von 1853 enthielt noch ein Kapitel: „Von den Familienstiftungen", welches sich zwar nicht ausschließlich, aber doch hauptsächlich auf die sogenannten Familienfideikommisse (Stammgutsstiftungen) bezog; man hat dann aber davon abstrahirt. Der Errichtung einer Stammgutsstiftung stehen die erweiterten nationalökonomischen Vorstellungen über Freiheit des Güterverkehrs und die Richtung des Zeitgeistes entgegen, welche diesem Institute nicht günstig sind.

2. Der Gegensatz der Stiftungen zu den Korporationen zeigt sich vornehmlich darin, daß diese auf einer Verbindung von Menschen beruhen, die jenen zugeschriebene Persönlichkeit dagegen keine in Menschen bestehende Unterlage, sondern eine Anstalt

oder ein Vermögen zur Unterlage hat. Diese bildet dann ihren Körper, und die von dem Stifter geordnete Bestimmung der Anstalt oder des Vermögens ihren Geist.

3. Mündige und willensfähige Personen. Unmündige und Wahnsinnige, die keinen eigenen rechtlichen Willen haben, können auch mit der Zustimmung ihrer Vormünder keine Stiftung machen. Minderjährige, die nur einen der Ergänzung bedürftigen Willen haben, können es mit der Zustimmung ihrer Vormünder. Aber nicht können diese etwa als Stellvertreter jener Stiftungen in jener Namen machen. Wer stiften will, muß persönlich den Stiftungswillen haben und äußern. Ebenso bedürfen die Ehefrauen, weil sie unter der Vormundschaft der Ehemänner stehen, deren Zustimmung zur Vornahme von Stiftungsakten.

4. Absatz 2 ist neu, wenn auch wohl nicht neues Recht. Es kann z. B. der Staat einen Theil des Staatsvermögens zu einer eigenen Stiftung mit selbstständigem Vermögen ausscheiden. So soll die Stadtgemeinde Winterthur vor einigen Jahren besondere Stiftungsvermögen ausgeschieden haben.

§ 41.

[51.] Stiftungen, welche schon bei Lebzeiten des Stifters in Wirksamkeit treten sollen, oder von juristischen Personen errichtet werden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit:

a. der notarialischen Beurkundung des Stiftungsaktes,
b. der Ausstattung mit einem abgesonderten Stiftungsgute,
c. der Mittheilung an die Oberaufsichtsbehörde (§ 44).

1. Die meisten Stiftungen werden durch letztwillige Verordnungen auf den Todesfall des Stifters gemacht. Das Gesetz bestimmt aber auch die Erfordernisse einer Stiftung, die bei Lebzeiten des Stifters ihren Anfang nehmen soll, in einfacher Weise. Die notarialische Beurkundung dient dazu, den Stiftungswillen in sorgfältiger und beglaubigter Form zu fixiren; die Ausstattung (Dotation) ist erforderlich, um der Stiftung einen Körper zu geben, und die Mittheilung an die Oberaufsichtsbehörde dient dazu, für ihre Erhaltung zu sorgen. Der Aufschub der Stiftung bis zum Tode des Stifters ist gewöhnlich nicht im Interesse der Stiftung. Im Gegentheil, der Stifter selbst ist der Stiftung regelmäßig geneigter als seine Erben und versteht sich oft am besten darauf, seine Schöpfung zu pflegen und zu leiten.

2. Von juristischen Personen. S. § 40, 4.

§ 42.

[52.] Eine Stiftung, welche erst nach dem Tode des Stifters ins Leben treten soll, kann nur durch ein öffentliches Testament des Stifters und Anweisung eines Stiftungsfondes begründet werden. Dabei bleibt das Recht der Erben vorbehalten, eine derartige Stiftung wegen Verletzung des Pflichttheiles anzufechten.

1. Oeffentliches Testament. Es genügt das „eigenhändige Testament" nicht.

2. Recht der Erben. Wenn der Erblasser schon bei Lebzeiten die Stiftung gründet und ausstattet, so können die Erben diese Verwendung seines Vermögens eben so wenig anfechten als eine bei Lebzeiten vollzogene Schenkung. (Vgl. § 428.) Der Stifter vermindert dadurch sein eigenes Vermögen und seine eigenen Einkünfte, nicht die Verlassenschaft und die Rechte der Erben, die erst mit seinem Tode beginnen.

3. Verletzung des Pflichttheils. S. §§ 969 u. ff.

§ 43.

[54]. Bei der Gründung der Stiftung ist sowohl das Wesen und der Zweck derselben zu bezeichnen, als anzugeben, in welcher Weise für die Verwaltung des Stiftungsvermögens und die Stellvertretung der Stiftung zu sorgen sei.

1. Die im früheren § 53 enthaltene Bestimmung, wonach zur Gründung einer Stiftung mit staatlichem oder kirchlichem Zweck die Genehmigung der Regierung gefordert wurde, ist als nicht dem Privatrecht angehörend gestrichen worden; zudem ist dafür gehalten worden, daß die Bestimmung mit Bezug auf kirchliche Zwecke der Verfassung widerspreche.

2. Verwaltung. Sie ist von der Stellvertretung zu unterscheiden. Sowohl um das Stiftungsvermögen zu verwalten als um im Namen der Stiftung Beschlüsse zu fassen und dieselbe zu vertreten, bedarf es wieder der physischen Personen. Die beiden Thätigkeiten werden oft derselben Kommission übertragen, welche keineswegs selbst eine Korporation zu sein braucht; zuweilen aber auch an verschiedene Kommissionen aufgetragen. Weder die Verwaltung des Stiftungsgutes noch die Stellvertretung der Stiftung ist Eigenthümer des Stiftungsvermögens. Dasselbe gehört der Stiftung selbst als Person zu.

3. Das alte Gesetz enthielt den Zusatz: „Der Notar hat bei der Abfassung der Stiftungsurkunde darauf zu achten". Man fand aber, eine solche Vorschrift gehöre nicht in das privatrechtliche Gesetzbuch, sondern in das Pflichtenheft des Notars.

§ 44.

[55.] Die Stiftungen stehen zunächst unter der Oberaufsicht der Gemeinde, zu welcher sie gehören. Stehen sie in keiner Beziehung zu einer besonderen Gemeinde, so stehen sie unter der unmittelbaren Oberaufsicht der betreffenden Staatsbehörde.

1. Die Stiftungen bedürfen eines sorgfältigeren Schutzes und daher auch einer öffentlich geordneten Oberaufsicht, weil sie keine menschliche Unterlage haben und daher eher Mißbräuche von Seite derer zu besorgen sind, die vorübergehend dieselbe verwalten oder vertreten. Die meisten Stiftungen stehen ihrer Art und Bestimmung nach in einer näheren Beziehung zu einer Gemeinde. Dann kommt die Oberaufsicht dieser zu. Liegt eine solche Beziehung nicht vor, so übt die betreffende, d. h. diejenige Staatsbehörde die Oberaufsicht aus, in deren Geschäftskreis zunächst die Stiftung paßt. Z. B. es besteht eine Stiftung für kranke Kantonsbürger. Da kommt die Oberaufsicht

der staatlichen Spitalpflege zu. Der Ausdruck Oberaufsicht ist in ähnlichem Sinne gebraucht wie im Vormundschaftsrechte der Ausdruck Obervormundschaft im Verhältniß zur eigentlichen Vormundschaft.

2. Vgl. die beiden Rechtsgutachten betr. die Schweiz. Rentenanstalt in Zürich, von Bluntschli p. 19 und von Prof. Fick p. 30.

§ 45.

[56.] Die Stiftungsstatuten dürfen nur unter der Voraussetzung abgeändert werden:

a. daß die zur Verwaltung des Stiftungsvermögens oder zur Stellvertretung der Stiftung berechtigten Personen in ihrer Versammlung mit Mehrheit eine Abänderung beschließen;

b. daß die zur Ausübung der Oberaufsicht befugte Stelle oder Behörde, bei den Stiftungen, welche unmittelbar unter der Oberaufsicht des Staates stehen, der Regierungsrath die Zustimmung ertheilt;

c. daß durch die Abänderung dem Geiste der Stiftung nicht zuwider gehandelt wird.

Der Minderheit ist gestattet, mit Rücksicht auf das dritte Erforderniß innerhalb Jahresfrist seit Erlassung des Beschlusses gerichtliche Klage gegen die Mehrheit zu erheben und Nichtigerklärung desselben zu beantragen. Ueberdies steht es, insofern durch die Abänderung wohlerworbene Rechte Einzelner verletzt werden sollten, den Berechtigten zu, diese Rechte vor Gericht zu schützen.

1. Die absolute Unveränderlichkeit der Stiftungsordnungen ist im Widerspruch mit der Natur der menschlichen Verhältnisse, die nach dem göttlichen Gesetze einer steten Wandelung unterworfen sind. Eine frivole Abänderung derselben je nach wechselnden Launen und Stimmungen aber gefährdet den dauernden Bestand der Stiftung und damit die ganze auf die Dauer berechnete Institution. Die Wahrheit ist auch hier nicht in den Extremen, sondern in der Mitte. Es muß sowohl gesorgt werden für die Möglichkeit der Abänderung, als Garantieen dafür erforderlich sind, daß die Abänderung nur aus guten Gründen und im Geiste der Stiftung selbst geschehe.

2. Die zur Verwaltung oder zur Stellvertretung berechtigten Personen. Auf welche von beiden zunächst es ankomme, muß sich im einzelnen Falle aus der Organisation dieser Kommissionen, aus den statutenmäßigen Befugnissen derselben und aus der Art der beantragten Abänderung ergeben. Zuweilen wird es auch auf beide vereint ankommen. Dagegen kommen die Ansichten der nur bei der Verwendung des Stiftungsgutes betheiligten Personen, z. B. der Kranken, die von der Spitalanstalt gepflegt werden, nicht in Betracht, da diesen keinerlei Verfügungsrechte über das Stiftungsvermögen zustehen. Mittelbar können auch sie, wenn sie durch die Abänderung eine Benachtheiligung des Stiftungszweckes befürchten, da-

durch einwirken, daß sie die Oberaufsichtsbehörde aufmerksam darauf machen und an diese die geeigneten Vorstellungen richten.

3. Gerichtliche Klage. In der Möglichkeit, die Frage, ob die Abänderung mit dem Geiste der Stiftung vereinbar sei, zur gerichtlichen Beurtheilung zu bringen, wurde eine wichtige Garantie für die Aufrechthaltung des stiftungsmäßigen Bestandes gefunden. Die Frage selbst ist eine Rechtsfrage, und man trug um so mehr Bedenken, wenn es einmal zum Streit darüber komme, dieselbe auf den Weg der Verwaltungsstreitigkeiten zu verweisen, als die Regierungsstellen ihrem Berufe nach voraus auf die gegenwärtige Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit einer Bestimmung zu achten gewohnt sind, eben deßhalb aber allzu leicht bewogen werden könnten, eine an sich zweckmäßige Veränderung gutzuheißen, die aber mit dem Geiste der Stiftung im Widerspruch und daher nicht gerecht ist. Man dachte sich, daß selbst auf die Behandlung solcher Fragen von Seite der Oberaufsichtsbehörde es nur günstig wirken könne, wenn diese die Aussicht vor Augen habe, es könnte die Frage noch als Rechtsstreit zur gerichtlichen Beurtheilung gelangen.

4. Klage erheben. Nach Analogie des § 31 ist wohl auch hier anzunehmen, daß die Verjährung durch die Einleitung beim Friedensrichteramte beziehungsweise dem Schiedsgerichte unterbrochen werde.

5. Vgl. die in § 44, 2 erwähnten Rechtsgutachten.

§ 46.

[57.] Wird die Fortdauer der Stiftung unzulässig oder unmöglich, so fällt, insofern nicht in den Statuten etwas Anderes bestimmt ist, das Stiftungsvermögen, wenn die Stiftung zunächst unter der Oberaufsicht einer Gemeinde stand, dieser, wenn dieselbe unter der unmittelbaren Oberaufsicht des Staates stand, dem Staate zu.

Es soll jedoch das Stiftungsvermögen denjenigen besonderen Gütern einverleibt werden, deren Bestimmung die größte Verwandtschaft hat mit dem Zwecke der Stiftung.

1. Vgl. §§ 37 und 38. Die Verwaltung oder Stellvertretung der Stiftung kann nicht ebenso über das Stiftungsvermögen verfügen, wie die Korporation über das Korporationsgut. Würde sie ein Statut machen wollen, durch das die Nachfolge in das Stiftungsgut bestimmt würde, so wäre diese Verordnung nach § 45 zu behandeln.

2. Unzulässig. In diesem Falle wird sie von dem Staate aufgehoben (§ 47).

3. Unmöglich. Der Stiftungszweck hat aufgehört in Folge umgewandelter Lebensverhältnisse, in denen er sinnlos geworden ist, oder es fehlt ihm an einem Gegenstand. Z. B. eine Stiftung bestand zur Erhaltung von Steinböcken und diese sind ausgestorben.

§ 47.

[58.] Die Auflösung einer Stiftung bedarf außer den in § 45 genannten Erfordernissen in allen Fällen noch der Genehmigung des Kantonsrathes.

Die Garantieen, welche der § 45 für die Abänderung der Statuten vorschreibt, werden, wenn es sich um die Auflösung der Stiftung handelt, noch verstärkt durch das Erforderniß der Genehmigung des Kantonsrathes. Diese wird somit als ein Akt der höchsten Staatsgewalt betrachtet, und es gilt das Erforderniß auch von den Stiftungen, die zunächst unter der Oberaufsicht einer Gemeinde, nicht unter der unmittelbaren Oberaufsicht einer Staatsbehörde sind.

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Erster Abschnitt.

Von den Sachen.

A. Liegenschaften.

§ 48.

[474.] Die Grundstücke, ferner alle auf einem Grundstücke errichteten und mit demselben dauernd verbundenen Gebäude und Wasserwerke sind Liegenschaften.

Bloße, vorübergehend hingestellte Buden (Marktstände, Schilderhäuser u. dgl.), sowie das zu einem Gebäude bestimmte, aber noch nicht oder nicht mehr damit verbundene Material sind als bewegliches Gut zu behandeln.

1. Der Gegensatz des liegenden Gutes und der fahrenden Habe ist für unser Privatrecht von durchgreifender Bedeutung. Der Erwerb und der Untergang von Rechten an Sachen haben meistens eine verschiedene Gestalt, und die Rechte selbst haben einen verschiedenen Charakter, je nachdem sie sich auf jenes oder auf diese beziehen. Das System des Gesetzbuches hat der Eintheilung und Behandlung des Sachenrechtes jenen Unterschied zu Grunde gelegt.

2. Sachen. Grundstücke. Die Erklärung des Begriffes Sache wurde der Wissenschaft anheimgegeben. Der Sprachgebrauch des Gesetzes versteht unter Sache nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht alle Dinge, auch nicht alle Körper (die Sterne, der menschliche Leichnam sind im juristischen Sinne keine Sachen), sondern nur die Körper, oder Stücke von Körpern, die dem menschlichen Vermögen als Gegenstand angehören können. Als Grundstück gilt jeder feste Theil der dem Menschen zugänglichen Erdrinde, an der Oberfläche oder in der Tiefe.

3. Gebäude und Wasserwerke. In alter Zeit waren die Gebäude beweglicher als heutzutage (Bluntschli, Zürch. RG. I, S. 261). Nun sind dieselben durchweg liegendes Gut. Nicht nothwendig ist es, daß dieselben im Boden festgemauert seien, obwohl das nun der gewöhnliche Fall ist. Sie können auch auf eingeschlagenen Pfählen ruhen. Wenn aber aus der Art des Gezimmers und aus der Bestimmung des Gebäudes sich ausnahmsweise ergibt, daß dasselbe nicht dauernd mit dem Boden verbunden sei, z. B. bei Bauhütten, Holzerhütten, wechselnden Arbeiterwohnungen, Marktbuden u. dgl., so sind dieselben auch heute noch als fahrende

Habe zu betrachten. Wird ein Haus wieder abgetragen, so sind die abgelösten Balken, Steine u. s. f. nicht mehr Bestandtheile des Grundstücks, sondern, wie ihre äußere Natur es zeigt, bewegliche Sachen.

Die Thatfrage darf nicht nach einem einzelnen Merkmal, sondern nur in Würdigung aller Umstände entschieden werden. Ein Grundeigenthümer errichtete ein Sommertheater. Als er wieder abbrechen wollte, erhob ein grundversicherter Gläubiger Einsprache wegen Entwerthung seines Unterpfandes. Ergab sich, daß das Gebäude nur zu vorübergehendem Gebrauch errichtet war, so war es kein Theil des Unterpfandes. (Z. IV, S. 183). Ein Maler errichtete auf fremdem Boden eine Werkstätte und verpfändete dieselbe im Grundbuch. Diesem Gläubiger gegenüber ist dasselbe als liegendes Gut anerkannt. Aber ein anderer Gläubiger hatte nachher eine Pfändung darauf erwirkt. Diese ist nur gültig, wenn der zweite Gläubiger nachweisen kann, daß die Werkstätte zur Zeit der Pfändung eine bewegliche Sache gewesen sei. (Z. VI, S. 283 f.).

§ 49.

[475, 478, 482, 483]. Sämmtliche Theile einer unbeweglichen Sache sind in allen Beziehungen als unbewegliche Sachen zu behandeln.

Als Theile einer unbeweglichen Sache erscheinen:

a. alle diejenigen Gegenstände, welche in einem natürlichen Zusammenhange mit der Erdoberfläche stehen, also:
   - die unter der Erdoberfläche befindliche Erde, die Felsen, Steine Fossilien (Erze, Kohlen), Quellen, dagegen nicht ein vergrabener Schatz;
   - die in dem Boden wurzelnden Kräuter, Sträucher, Bäume sammt den daran hängenden Früchten bis zu ihrer Trennung vom Boden, beziehungsweise von der fruchttragenden Pflanze;

b. alle durch Menschenhand mit dem Boden in eine ihrer Bestimmung nach dauernde Verbindung gebrachten Gegenstände; so:
   - die im Boden stehenden Mauern und Einfriedigungen;
   - Alles, was in einem Gebäude nut- und nagelfest ist, die in die Wand eingelassenen Schränke, Spiegel, Bilder;
   - die in den Boden eingelassenen oder mit einer Feuermauer in Verbindung gebrachten Oefen oder Herde;
   - die mit dem Gebäude baulich verbundenen Einrichtungen, wie Triebwerke (Wasserräder, Turbinen, Transmissionen, Dampfmaschinen), Aufzüge, Läutwerke, Kessel, Ventilatoren, Röhrenleitungen, Hammer-, Trottwerke u. dgl.

1. Das Gesetz unterscheidet den Theil des Grundstückes und dessen Zubehörde. Der Gegensatz hat Einfluß auf den Rechtsverkehr. Der Theil hat die Natur der ganzen Sache, deren Theil er ist, und kann daher nur in den Rechtsformen veräußert und verpfändet werden, welche für das Ganze vorgeschrieben sind. Die Zubehörde

dagegen ist zunächst eine besondere Sache, von beweglicher Natur, welche aber von der unbeweglichen Hauptsache, zu der sie in eine abhängige Beziehung gekommen ist, gleichsam angezogen wird, und welche daher in der Regel dem Schicksal der Hauptsache folgt. Ueber die Zubehörde kann aber auch anders verfügt werden. (Vgl. § 352.) Diese schon von Bluntschli gemachten Bemerkungen haben durch das Inkrafttreten des schweizerischen Obligationenrechts noch erhöhte Berechtigung gewonnen. Nach diesem Gesetze können alle in diesem und den folgenden Paragraphen erwähnten Gegenstände, wenn sie lediglich als bewegliche Sachen erscheinen, nur auf dem Wege des Faustpfandes, also nur mit Besitzesübertragung, verpfändet werden, während das Pfandrecht auf der Liegenschaft auf dem Wege des Schuldbriefes, also ohne eine Besitzesübertragung bestellt wird. (So auch bayrisches Hypothekengesetz § 3; sächsisches § 29.) Es haben daher die §§ 475 u. ff. des früheren Gesetzbuches eine Umbildung erfahren, durch welche, wie auch der beleuchtende Bericht an das Volk betont, folgende Arten von Sachen schärfer als es früher der Fall war aus einander gehalten worden sind:

A. Theile unbeweglicher Sachen § 49, und zwar:

a. natürliche, nämlich: 1. unorganische; 2. organische;

b. künstliche.

Sie theilen mit Nothwendigkeit das Schicksal des Ganzen, sind in dem auf dem Grundstück errichteten Schuldbrief stillschweigend mitverpfändet, und können gar nicht anders zu Pfand gegeben, noch vom Gemeindammann gepfändet werden;

B. Zubehörden, Pertinenzen, d. h. bewegliche Sachen, die das rechtliche Schicksal einer andern, zu deren Gebrauch sie dienen, auch einer unbeweglichen, theilen, die aber auch selbstständig, also nicht als Zubehörden, behandelt werden können; und diese hinwieder sind zweierlei, entweder

a. solche Sachen, welche schon von Gesetzes wegen, von selbst, ohne daß es bestimmt wird, als Zubehörden von Liegenschaften erscheinen und so z. B. für den Schuldbrief mithaften, bei denen also, wenn sie das Schicksal der Liegenschaften nicht theilen sollen, dies deutlich bestimmt werden muß: §§ 50, 51, 54; so Sachsen § 410; Baden Art. 2114 a; anders Würtemberg, Hypothekengesetz v. 1825.

b. solche Sachen, die nicht von Gesetzes wegen als Zubehörden erscheinen, wohl aber durch die Verfügung des Eigenthümers als solche behandelt werden können, die also im Schuldbrief mit der Liegenschaft verpfändet werden können; hier muß es deutlich bestimmt sein, wenn sie das Schicksal der Liegenschaft theilen sollen: §§ 52, 55. So das bayrische Hypothekengesetz § 22 Z. 3, §§ 33 u. 34,

C. Bewegliche Sachen, welche weder Theile von Liegenschaften sind, noch auch als Zubehörden von solchen behandelt werden, also z. B. nicht auf dem Wege des Schuldbriefes verpfändet werden, können: § 53. Vgl. zum bisherigen zürch. Recht Kohler in Iherings Jahrb., XXVI, 61.

2. Schatz s. §§ 199 u. ff.

3. Kräuter, Sträucher, Bäume. Vgl. § 131.

Einem Dritten kann wohl ein Recht zustehen, die in meinem Boden wurzelnden Pflanzen, z. B. das Getreide, oder die Baumfrüchte, oder selbst die Bäume loszutrennen und sich anzueignen, z. B. dem Nießbraucher oder dem Pächter, aber Eigenthümer derselben ist er nicht, so lange sie mit dem Boden organisch verwachsen sind. Das Gesetz folgt

hier, indem es die ältere Auffassung verwirft, wornach der B einen Baum zu Eigenthum haben kann, der in dem Boden des A wurzelt, dem Vorbild des römischen Rechtes, und hält an dem Zusammenhang der Natur fest. In Form einer Dienstbarkeit läßt sich aber auch jetzt noch der Zweck erreichen, in fremdem Boden einen Baum zu besitzen.

4. Wird stehendes Holz oder werden Früchte am Halm verkauft, so ist das der Verkauf einer künftigen beweglichen Sache; es ist daher die schriftliche Form des Kaufvertrages dafür nicht nothwendig. (Z. VII, 143.) Vgl. § 414, 3.

5. Durch Menschenhand. (Vgl. §§ 132, 133). Das Gesetz hält hier ausnahmslos fest an dem Erforderniß der Verbindung mit dem Boden, während das frühere Gesetz § 478 als Theile eines Gebäudes auch solche nicht mit diesem verbundene, also bewegliche Sachen erklärte, welche lediglich für das Gebäude konstruirt sind, wie Thüren, Schlüssel, Vorfenster, weil, wie der Komentar sagte, ihre sachliche Beschaffenheit ganz und gar auf die dauernde Bestimmung hinweise, gerade diesem Hause zu dienen; dieser Umstand aber genügt nicht, um die eine Sache als Theil der andern zu erklären, sondern bildet gerade das Kennzeichen der Zubehörde.

6. Ihrer Bestimmung nach dauernd. Auf die Dauer allein kommt es nicht an; es kann etwas schon sehr lange mit dem Gebäude verbunden und doch nicht Theil desselben sein, z. B. es ist von einem Miether ein Gemälde nur lose mit Stiften befestigt worden, die stets ohne wesentliche Beeinträchtigung des Gebäudes wieder ausgezogen werden können; und umgekehrt kann eine Verbindung, welche nur kurze Zeit gedauert hat, die beweglich gewesene Sache zu einem Theil der unbeweglichen gemacht haben. Es kommt vielmehr darauf an, daß die Verbindung der Art sei, wie sie für eine dauernde Einfügung vorgenommen zu werden pflegt.

7. Der erste Satz von lit. b spricht wie der erste von lit. a den Grundsatz aus; alles Folgende ist nur beispielsweise, nicht als erschöpfende Aufzählung angeführt; das vielgestaltige stets wechselnde Leben würde eine solche Aufzählung unmöglich machen. Die Aufzüge und Läutwerke sind aus dem Brandassekuranzgesetze herüber genommen worden. Ueber Wandgestelle u. dgl. vgl. Z. XXIII, 100, Nro. 20.

8. Nut- und nagelfest. Im ersten Entwurf war nach dem Vorbilde anderer schweizerischer Gesetzbücher auch gesagt worden „schraubenfest"; das wurde dann aber gestrichen, weil gerade die Schraube oft zu einer bloß vorübergehenden Verbindung bestimmt wird. Unter „nuthfest" ist nicht etwa zu verstehen „durch Nieten befestigt," sondern „in die Fugen (im Stadt- und Landrecht nüete) eingepaßt." Die Praxis hat die Bestimmung so aufgefaßt, daß die Verbindung zugleich nuth- und nagelfest, nicht das Eine oder das Andere sein müsse. Dagegen erklärte das Obergericht es nicht für nothwendig, daß die Verbindung nur mit Beschädigung des Gebäudes gelöst werden könne. (OG. 1886, Nro. 123.)

9. Ofen, Herde zum Unterschied von beweglichen (Petroleum-) Herden, Tragofen, die beliebig in dieses oder jenes Zimmer verwendet werden können; diese sind nicht Theile, können aber vertragsmäßig als Zubehörde behandelt werden; selbst diese letztere Eigenschaft derselben versteht sich nicht von selbst (§ 52). (Z. XXI, 253.)

10. Das alte Gesetzbuch bestimmte in § 483, die vorübergehende Trennung einzelner Theile eines Gebäudes oder einer Fabrik von der Hauptsache hebe die Eigenschaft der Theile nicht auf, wohl aber die dauernde Veränderung ihrer Bestimmung. Dies ist gestrichen worden; es ist auch in der That nicht nur unbestimmt (was ist

vorübergehend, was nicht?), sondern auch unrichtig; was vom Ganzen abgetrennt ist, ist kein Theil mehr desselben. Anders verhält es sich mit der Zubehörde, s. § 51.

§ 50.

[476, 477, 479, 480, 482]. Als Zubehörde von Liegenschaften werden behandelt:

die ihrer Natur nach für die betreffende Liegenschaft bestimmten und nur für den Besitzer der letzteren ganz oder annähernd in ihrem wahren Werthe zur Geltung kommenden Gegenstände, insbesondere:

- die zu einem Gebäude oder einer Einfriedigung gehörenden Schlüssel;
- die über die Liegenschaft aufgenommenen Pläne und Urkunden;
- die im Boden stehenden Rebstickel, Stützpfähle für Pflanzen u. dgl.;
- Vorfenster, Fensterladen, Storen, Vorhangstangen, Gasleuchter, Faßlager u. dgl.;

der auf einem landwirthschaftlichen Gute erzeugte und daselbst vorhandene Dünger;

bei einer zum Betriebe eines Gewerbes oder einer Fabrikation dienenden Liegenschaft (Fabrik, Mühle, Säge, Stampfe, Trotte, Käserei, Werkstatt u. dgl.) die eigens für dieselbe konstruirten oder ihrer besonderen Einrichtung angepaßten oder sonst zur dauernden Benutzung für dieselbe bestimmten Vorrichtungen, wie Spinnstühle nebst Spindeln und Spuhlen, mechanische Webstühle, Stickmaschinen, Mahlgänge u. dgl.

1. Vgl. § 49, 1. Das schweiz. OR. bestimmt als Ausnahme von dem Erforderniß der Besitzesübertragung für die Verpfändung beweglicher Sachen in Art. 211: „Die Vorschriften der kantonalen Gesetze, vermöge deren bewegliche Sachen als Zubehörden eines Immobiliarpfandes nach den für dieses geltenden Formen mitverpfändet werden können, bleiben in Kraft. . . . Die Frage, was als Zubehörde einer Liegenschaft zu betrachten sei, ist nach dem kantonalen Rechte zu beurtheilen.“ (Die diesfälligen kantonalen Vorschriften sind zusammengestellt bei Schneider, Kommentar zum OR. Art. 211, 2, 4, 6.) In Folge dieser Bestimmung wurde eine Konferenz von Abgeordneten verschiedener deutschschweizerischer Kantonsregierungen nach Olten einberufen behufs Aufstellung gemeinsamer Bestimmungen darüber, was als Zubehörde zu behandeln sei. Von einer Seite wurde dahin gestrebt, diesem Begriffe die allerweiteste Ausdehnung zu geben, um damit die Verpfändung einer Menge beweglicher Sachen ohne Besitzesübertragung zu ermöglichen; von anderer Seite wurde hingegen bemerkt, daß es nicht in der Willkür der Kantone liegen könne, den Begriff der Zubehörde beliebig auszudehnen, daß vielmehr von den Bundesbehörden leicht in einer solchen den Regeln der Wissenschaft und des Sprachgebrauches zuwider laufenden Ausdehnung eine Umgehung des Bundesgesetzes gefunden werden könnte, was fatale Folgen für die Betreffenden tragen müßte. Zu einer Einigung kam es nicht; verschiedene Kantone

erließen von sich aus neue Gesetze über die Zubehörden. Auch der zürcherische Kantonsrath legte dem Volke den Entwurf eines Gesetzes „betreffend die Verpfändung von beweglichen Sachen als Zubehörden von Liegenschaften" vor. Dieser Entwurf hielt bereits die hier unterschiedenen beiden Arten von Zubehörden scharf aus einander; auch er ging ziemlich weit in der Ausdehnung ihrs Begriffes. Durch Volksabstimmung vom 26. November 1882 wurde er jedoch mit 26,391 gegen 24,029 Stimmen (Stimmberechtigte 73,250) abgelehnt, ohne daß der Grund dieses Entscheides erkennbar gewesen wäre. Die neuen Bestimmungen sind nun nach eingehender Berathung sämmtlichrr bei Abfassung des Gesetzbuches beschäftigter Kommissionen, nach Anhörung von Vertretern der verschiedensten Stände der Bevölkerung und wiederholter Umarbeitung getroffen worden.

2. Es ist hier nur von der in beweglichen Sachen bestehenden Zubehörde die Rede, nicht auch von den mit einer Liegenschaft verbundenen und dazu gehörigen Rechten, die als rechtliche Zubehörde betrachtet werden können, z. B. Wegrechte, Holzgerechtigkeiten, Recht auf Wasserleitung u. dgl. Das frühere Gesetzbuch erklärte, wie der Kommentar sagt, um aufgestiegene Zweifel zu beseitigen, in § 481, daß das Recht auf bestimmte Kirchenörter nicht als Zubehörde des Hauses angesehen werde. Da nach der Ansicht der neuen Kommissionen hieran Niemand mehr zweifelt, wurde die Bestimmung als überflüssig gestrichen. In älterer Zeit wurde dagegen nach Bluntschli häufig ein solches Recht als eine rechtliche Zubehörde eines Wohnhauses betrachtet. „Seither," sagt er, „sind diese Rechte vom Zusammenhang mit Hausbesitz regelmäßig abgelöst worden und gelten nun als Rechte der Person. Sie sind daher auch zu einem Gegenstand des freien Verkehrs geworden und zwar ohne daß es der Vermittlung des Grundbuches dabei bedarf. Gewöhnlich sind in einem der Kirche zugehörigen Buch die sogenannten Eigenthümer der Kirchenörter verzeichnet, und jeder derselben hat einen Schein (Kirchenschein), der bei der Veräußerung auf einen neuen Erwerber auf diesen übertragen wird. Von eigentlichem Eigenthum kann nicht geredet werden, indem der am Boden befestigte Kirchenstuhl selbst durchweg zur Kirche als Theil derselben gehört und dem Privateigenthum entzogen ist, es somit an einer Sache fehlt. Das Recht ist nur ein dingliches Recht der Person, den bestimmten Platz bei dem ordentlichen Gottesdienst zu gebrauchen, und als solches ist es Gegenstand des Verkehrs geworden. Die Formen der Veräußerung und Verpfändung richten sich nach Analogie anderer an eine Urkunde geknüpfter Rechte. Ist der Kirchenschein auf den Namen des Berechtigten gestellt, so bedarf es der Uebertragung des Scheins von der genannten Person an den Nachfolger derselben, zu voller Sicherheit auch wohl der Vormerkung in dem betreffenden Kirchenbuch. Ist der Schein dagegen nicht auf den Namen, sondern bloß auf die Nummer des Ortes gestellt, und wird auch kein Personenverzeichniß geführt, so tritt die Analogie des Papiers auf den Inhaber ein. Wer den Schein im Besitz hat, gilt dann als der Berechtigte." (Vgl. Z. XIX, 160.)

3 Die Schlüssel waren vom früheren Gesetzbuche als Theile der Liegenschaft behandelt worden, s. § 49, 5. Das Gleiche gilt wohl auch von Deckeln über Löcher und Tröge, von Umhüllungen über Brunnen oder Pflanzen zum Ueberwintern.

4. Landwirthschaftliches Gut. Darunter ist jeder landwirthschaftliche „Gütergewerb" zu verstehen, auch wenn die einzelnen Stücke desselben in verschiedenen Fluren (Zelgen) zerstreut liegen. (Z. IV, 210). Das frühere Gesetz hatte unterschieden zwischen der Zubehörde eines ganzen Gutes und der eines einzelnen Grundstückes und

zu der gesetzlichen Zubehörde des erstern auch das auf dem Gute gewachsene Heu und Stroh gezählt. Das erschien der Kommission begrifflich nicht gerechtfertigt und außerdem geeignet, Streit über die Provenienz vorhandener Vorräthe zu veranlassen; es ist darum gestrichen worden. Der Dünger ist Zubehörde, gleichviel ob er ausgebreitet oder als Miststock angelegt ist.

5. Das Obergericht hat erklärt, daß zwar wohl der Wirthshausschild einer Tavernenwirthschaft, nicht aber der einer Weinschenk- oder Speisewirthschaft als Zubehörde der Wirthschaft erscheine, weil dort das Recht der Wirthschaft mit dem Hause verbunden sei, hier nicht. (Z. II, 361).

6. Vorfenster u. s. w. Hierunter fallen nach in den Kommissionen ausgesprochener Ansicht auch die Doppelthüren, die über den Sommer weggenommen werden. Das frühere Gesetz führte in § 479 auch an Hausglocken und Windenseile. Was die ersteren betrifft, so fand die Kommission, daß sie kaum mehr als bewegliche Sachen, sondern nur noch als Theile der Liegenschaft vorkommen; die letzteren fallen nun unter § 52. Ueber Gasleuchter s. Z. XIX, 26 Erw. 4.

7. Vorrichtungen. So die Kühlschiffe in den Spinnereien, bewegliche Kessel und Standen, welche eigens für die Fabrik konstruirt sind, wie z. Braukessel. (B. VI 49; XIII, 450 Erw. 4; Z. XIX, 158).

8. Spindeln und Spuhlen. Eine in den Kommissionen geäußerte Ansicht, ging dahin, daß diese Gegenstände eher unter § 52 gefaßt werden sollten, da sie nicht für eine Fabrik besonders konstruirt, vielmehr nach Konvenienz ausgewechselt werden; die Mehrheit fand jedoch, daß sie zum Spinnstuhl selbst gehören und darum gesetzliche Zubehörden sein sollen wie bis dahin; der Kredit der Fabrikbesitzer würde geschädigt werden, wenn sie die Verpfändung dieser Gegenstände durch besonderes Rechtsgeschäft vornehmen müßten.

9. Die Weisung der kantonsräthlichen Kommission sagt: „Unter die gesetzlichen Zubehörden wurden als neue Beispiele auch die Stickmaschinen und Mahlgänge aufgeführt, da bei beiden als Regel zutrifft, daß entweder die Einrichtung derselben dem Gebäude, oder das Gebäude diesen Einrichtungen angepaßt wird." Der beleuchtende Bericht an das Volk hat dies wiederholt.

§ 51.

[483]. Diese Gegenstände erhalten die Eigenschaft einer Zubehörde erst dann, wenn sie sich auf, an oder in der betreffenden Liegenschaft befinden, und verlieren sie, sobald sie der Verwendung für dieselbe rechtlich oder faktisch auf die Dauer entzogen werden.

1. Auf die Dauer. Bloß vorübergehende Trennung dieser Gegenstände von der Hauptsache hebt die Eigenschaft der Zubehörde nicht auf; z. B. die Fensterladen werden zum Maler getragen, um frisch angestrichen zu werden; sie bleiben Zubehörde des Gebäudes; wohl aber verlieren sie diese Eigenschaft durch einen Entzug auf die Dauer, z. B. sie werden weil alt und schadhaft zum Brennholz gelegt und durch neue Laden ersetzt (faktisch), oder vom Gebäude weg verkauft (rechtlich). Anders nunmehr bei den Theilen s. § 49, 10.

§ 52.

[476, 477, 479, 480, 482]. Ferner können als Zubehörden folgende Sachen behandelt werden:

das auf dem Gute gewachsene Heu und Stroh;
Löschgeräthschaften;
Obstmühlen, Most- und Weinpressen, Winden- und Scheunenseile;
die Vorräthe von Ziegeln, Brettern, Stickeln u. dgl., welche zur Verwendung auf der Liegenschaft bestimmt sind;
bewegliche Oefen, Kästen, Gestelle;
die zum Betriebe einer Fabrik, Mühle, Säge, Stampfe, Trotte, Käserei, Werkstatt u. dgl. dienenden Geräthschaften und Werkzeuge;
die zum Betriebe eines Gasthofes dienenden Möbeln.

1. Vgl. § 49, 1; betr. Heu und Stroh s. § 50, 4, betr. die Seile § 50 6, die Oefen § 49, 9, Gestelle, Z. XXIII, 100, Nro. 20.

2. In diesem Paragraphen liegt eine weite, nach Ansicht Mancher allzu weite Ausdehnung des Begriffes der Zubehörde, namentlich in der letzten Zeile desselben. Freilich muß zugegeben werden, daß mancher Hotelbesitzer durch die plötzlich eingetretene Unmöglichkeit, sein Mobiliar ohne Besitzesübertragung zu Pfand zu geben, in arge Verlegenheit gerathen sein würde. Weniger Bedenken wird die Ausdehnung auf die Geräthschaften begegnen; das alte Gesetz hatte erklärt, daß die landwirthschaftlichen Geräthschaften, die zum Betriebe der Fabrik dienenden besonderen Geräthschaften (Werkzeuge u. dgl.) nicht Zubehörden seien. Auf der andern Seite hatten nach § 480 des alten Gesetzes Fässer im Keller, angehängte Spiegel und Bilder, sowie Leitern in allen Fällen als Zubehörde behandelt werden können. (M. VIII, 265; B. VI, 49; X 286). Der Begriff Zubehörde ist hier ausgedehnt auf Gegenstände der Ausrüstung des Grundstückes, instrumentum fundi, lediglich zum Zwecke der leichteren Verpfändung. S. Kohler a. a. O. p. 86, 121.

3. Die kantonsräthliche Kommission sagt in der Weisung an den Kantonsrath: „Unter die sogen. vertraglichen Zubehörden wurden neu die Obstmühlen, Obst- und Weinpressen aufgenommen, welche mehr und mehr an die Stelle der alten stabilen Einrichtungen treten und bezüglich welcher daher auch das Bedürfniß besteht, sie gleich jenen mit derjenigen Liegenschaft verpfänden zu können, für deren Bewerbung sie bestimmt sind. Selbstverständlich ist durch diese Erwähnung nicht ausgeschlossen, daß größere Pressen, welche eigens für ein bestimmtes Gebäude konstruirt werden, als gesetzliche Zubehörden gelten können." Der beleuchtende Bericht an das Volk hat dies wiederholt.

§ 53.

[476, 482.] Als Zubehörde können dagegen nicht behandelt werden:
Gegenstände, welche nicht der Liegenschaft, sondern nur dem persönlichen Gebrauche eines Besitzers derselben dienen oder zum Veräußern, Vermiethen u. s. w. bestimmt sind;

insbesondere zum Verbrauche bestimmte Sachen, wie Vorräthe von zu verarbeitenden Rohstoffen oder Lebensmitteln.

Vgl. § 49, 1.

1. Dem persönlichen Gebrauche; z. B. Handwerkszeug jeder Art.

2. Zum Veräußern bestimmt. Z. B. in Arbeit befindliche oder verarbeitete Waaren.

3. Der alte § 476 sagte, daß das Vieh auf dem Gute nicht als Zubehörde desselben angesehen werde; das ist auch jetzt der Fall.

§ 54.

[804.] Die in § 50 aufgezählten Zubehörden gelten von selbst und ohne besondere Vertragsbestimmung oder Aufzählung als mit der Hauptsache veräußert oder verpfändet.

Sie können nicht auf dem Wege der Mobiliarexekution gerichtlich gepfändet werden.

Sollen sie von dem rechtlichen Schicksale der Hauptsache getrennt werden, so müssen sie demgemäß entweder ihrer in § 50 angeführten Bestimmung auf die Dauer entzogen oder ausdrücklich vorbehalten werden.

1. Mobiliarexekution, das ist der Rechtstrieb. (Vgl. § 352; ferner § 49, 1, § 51 1.)

§ 55.

[neu.] Die in § 52 aufgezählten Zubehörden dagegen gelten nur dann als mit der Hauptsache veräußert oder verpfändet, wenn

a. dies von den Parteien ausdrücklich und in den für die Veräußerung und Verpfändung unbeweglicher Sachen vorgeschriebenen Formen bestimmt worden ist; ferner

b. die einzelnen Sachen aufgezählt und so bezeichnet sind, daß ihre Identität zweifellos ist, und

c. das Vorhandensein dieser Sachen auf, in oder an der Hauptsache durch den Gemeindammann des Ortes der gelegenen Sache oder den Notar bezeugt ist.

1. Wenn auf der einen Seite die Behandlung beweglicher Sachen als Zubehörden unbeweglicher erleichtert und verallgemeinert wird, so muß auf der andern dafür gesorgt werden, daß darunter nicht die vom schweiz. Obligationenrecht angestrebte Sicherheit des Verkehres und speziell des Kredites leide. Zu diesem Zwecke sind außer der ausdrücklichen Erwähnung der sogenannten vertraglichen Zubehörden (§ 52) im Rechtsgeschäft Vorschriften aufgestellt worden, welche Gewißheit darüber verschaffen sollen, was für Gegenstände gemeint und daß sie auch wirklich da sind. Das schließt aber nicht aus, daß diese Gegenstände später durch andere ersetzt werden können (§ 57).

2. In den ... Formen, nämlich durch Fertigung in der Notariatskanzlei s. §§ 117, 325; 352 2.

§ 56.

[neu.] Alle Zubehörden können auf dem Wege des Immobiliarpfandrechtes nur in Verbindung mit der Hauptsache verpfändet werden.

Eine Verpfändung derselben ohne Mitverpfändung der Hauptsache kann gemäß dem schweizerischen Obligationenrechte nur auf dem Wege des Faustpfandes oder im Falle des § 52 des gerichtlichen Pfandrechtes stattfinden.

1. Siehe schweiz. OR. Art. 211, oben § 50, 1.

2. Die sogenannten vertraglichen Zubehörden des § 52 können im Rechtstriebsverfahren vom Gemeindammann gepfändet werden, die gesetzlichen des § 50 nicht. Dagegen können alle Zubehörden zu Faustpfand gegeben werden. Durch die Hingabe zu Faustpfand aber verliert die Sache für die Zukunft die Eigenschaft einer Zubehörde (§ 51), bleibt jedoch selbstverständlich für die Schulden, für welche sie bereits durch das Notariatsprotokoll verpfändet worden ist, haftbar, vorbehalten OR. Art. 205.

3. Wenn eine Zubehörde, die in einem Schuldbriefe verpfändet ist, nachher zu Faustpfand gegeben wird, so geht nach dem schweiz. OR. Art. 211, Abs. 2 das Faustpfandrecht dem Schuldbriefe vor, obgleich es das jüngere ist, sofern nicht der Faustpfandgläubiger bei der Verpfändung das Immobiliarpfandrecht gekannt hat oder nach den Umständen hätte kennen sollen. Anders war dies nach dem früheren zürcherischen Rechte § 805.

§ 57.

[neu.] Das Immobiliarpfandrecht geht ohne besondere Bestellung von einer abgehenden Zubehörde auf die an ihrer Stelle angeschaffte von gleicher Art über.

1. Dieser Paragraph, für die gesetzliche Zubehörde des § 50 wohl selbstverständlich, bildet mit Bezug auf die vertragliche des § 52 die nothwendige Ergänzung zu § 53.

B. Bewegliche Sachen.

§ 58.

[484.] Unter dem Ausdrucke „bewegliches Gut“ werden in der Regel nicht bloß alle beweglichen Sachen im eigentlichen Sinne des Wortes verstanden, sondern auch das ganze dem Verkehre anheimfallende in Rechten (Forderungen und Schulden) bestehende Vermögen, mit Ausnahme des Eigenthums an Liegenschaften und deren Zubehörde und anderer selbstständiger aktiv oder passiv mit Grundstücken verbundener Rechte, sowie der Wasserrechte.

Der Ausdruck „Fahrhabe“ umfaßt in der Regel alle beweglichen körperlichen Sachen mit Ausnahme des Geldes und der Werthschriften.

1. Der Ausdruck „bewegliches Gut“ wird gewöhnlich gebraucht, um eine Gesammtheit von Sachen und von Rechten, das bewegliche Vermögen zu umspannen. Den Gegensatz dazu bildet das „liegende Gut“, welches außer den Liegenschaften sammt deren Zubehörde auch gewisse dingliche Rechte der Grundstücke oder an Grundstücken mitbegreift. Zweifel erheben sich eher mit Bezug auf die Rechte, als auf die Sachen. Nicht alle Rechte an Liegenschaften gehören zum liegenden Gut. Die Schuldbriefe voraus werden, ungeachtet sie Pfandrechte an Grundstücken haben und in ihrer Entstehung und Löschung den Formen des Grundverkehrs unterworfen sind, dennoch gegenwärtig wie bewegliche Sachen veräußert und unter dem Wort „bewegliches Gut“ gewöhnlich inbegriffen. Selbst die Gültbriefe haben in neuerer Zeit diese Natur angenommen. Dagegen sind Rechte auf Grunddienstbarkeiten, Zehntrechte, Grundzinsrechte (ohne Gültbrief), aus Regalität abgeleitete Gerechtsame am Boden, Holzgerechtigkeiten auch heute noch regelmäßig unter dem liegenden Gute verstanden, und die darauf versicherten Schulden werden ebenso zu diesem gerechnet. Es ist daher die Sonderbarkeit entstanden, daß die grundversicherte Forderung zum beweglichen Gut der Gläubiger und zum liegenden Gute des Schuldners gezählt wird. Das Gesetz enthält indessen nur eine Interpretationsregel, keine bindende Vorschrift. (Vgl. österr. G. § 299, Luzern § 209, Bern S. 339: „Schuldforderungen gehören selbst dann zu den beweglichen Sachen, wenn sie auf unbeweglichen versichert worden.“ Dagegen Sachsen § 60: Rechte an unbeweglichen Sachen mit Ausnahme der Hypotheken werden bei Sonderung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen zu letzterem gerechnet.)

2. Der frühere § 484 behandelte die Ausdrücke „bewegliches Gut“ und „fahrende Habe“ als gleichbedeutend. Die kantonsräthliche Kommission bemerkte dazu in der Weisung an den Kantonsrath: „Es wurde für richtig erachtet, die Definition der „Fahrhabe“ selbständig, nicht als koordinirt dem Begriffe des „beweglichen Gutes“ aufzuführen; in Wahrheit ist nach dem landläufigen Sprachgebrauch der letztere Begriff umfassender als jener, die Definition des Gesetzes, welche beide als gleichbedeutend hinstellt, daher unrichtig. Praktisch wird diese Unterscheidung namentlich für einzelne Bestimmungen des Erbrechtes.“ Dies ist auch in den beleuchtenden Bericht ans Volk aufgenommen worden. (S. § 853.)

3. Zur Fahrhabe gehören auch die Kleider. (U. 690.)

§ 59.

[484.] Der Ausdruck „Möbeln“ begreift in der Regel die zur Benutzung oder zum Schmucke eines Wohngemaches oder Zimmers dienenden Gegenstände, wie Betten, Sophas, Stühle, Tische, Schränke, Gemälde, Spiegel, Uhren u. dgl.;

das Wort „Hausrath“ umfaßt in der Regel außer den Möbeln auch noch die zum Dienste des Haushaltes bestimmten Sachen, als Küchen- und Speisegeräthschaften u. dgl.;

das Wort „Werkzeug“, „Schiff und Geschirr“ in der Regel alle Vorrichtungen und Instrumente, welche zur Betreibung eines Berufes dienen.

1. Der Ausdruck Hausrath hat zu viel Streit Veranlassung gegeben; er hat auch in der That fließende Grenzen. Von Fässern werden z. B. die für den Haushalt nothwendigen dazu gerechnet, die anderen nicht. (Z. VIII, 58 Nr. 38; XV, 102. Vgl. II. 691, 692.) Seine Anwendung findet der Begriff besonders im Erbrechte der Ehegatten § 900.

2. Wird z. B. ein Gut „mit Schiff und Geschirr" verkauft, so ist anzunehmen, alle vorhandenen landwirthschaftlichen Geräthschaften, z. B. Pflug, Wagen, Walzen, Eggen, Haken u. s. f. seien mitgemeint.

C. Sachen in und außer dem Verkehr.

§ 60.

[485.] Dem Privatrechte entzogen sind:

a. was von Natur der besonderen Herrschaft der einzelnen Menschen entrückt ist, wie z. B. die Luft;
b. die öffentlichen dem gemeinen Gebrauche dienenden Sachen, als Seen, Flüsse, Straßen, Brücken, Plätze u. dgl., so lange sie dem öffentlichen Gebrauche überlassen sind.

1. Die Luft ist indessen nur insofern dem Privateigenthum entzogen und ein allgemeines Gut, als sie frei ist. Die Gase, welche der Mensch sich angeeignet und dienstbar gemacht hat, sind dagegen, insofern sie in Gefäßen und Röhren festgehalten werden können, auch Gegenstand des Eigenthums geworden. Ebenso dem menschlichen Vermögen entrückt sind der innere Kern des Erdballs, dessen dünne Oberfläche allein uns überlassen ist, und alle Gestirne.

2. Oeffentliche Sachen, Seen. Ausnahmsweise können auch kleine Seen im Privateigenthum sein, wie Teiche (§ 210); aber die Ausnahme muß erwiesen werden. Im Zweifel ist auf die öffentliche Natur zu schließen. Eine bisher öffentliche Straße kann in Folge einer neuen Anlage entbehrlich gemacht und als Grundstück dem Privatrecht übergeben werden, wie hinwieder über bisherigen Privatboden eine öffentliche Straße geführt werden und dadurch jenes, so weit die Straße reicht, dem Privatverkehr entzogen werden kann. Sobald die öffentliche Straße hergestellt und dem gemeinen Gebrauch übergeben ist, und so lange sie besteht, ist alles Privateigenthum und Pfandrecht daran ebenso beseitigt, wie wenn ein Fluß sich ein neues Bett über bisherigen Privatboden gebrochen hat. (Bluntschli, deutsches Privatrecht, § 64, 5.)

3. Dem Privatrechte. Das frühere Gesetz § 485 hatte gesagt: „Dem Privateigenthum". Die kantonsräthliche Kommission änderte dies, weil in der That nicht nur das Eigenthum an solchen Sachen ausgeschlossen ist. Immerhin bleibt § 61 vorbehalten.

4. Solche Sachen können nicht durch Ersitzung erworben werden. (Z. XVII, 289 Erw. 1; XX, 102 Erw. 5.)

§ 61.

[486.] An den einzelnen Theilen der öffentlichen Sachen können indessen Privatrechte bestellt und erworben werden, z. B. Wasserrechte.

1. Es können Privatrechte an einer öffentlichen Sache bestehen, z. B. das Recht, ein Wasserwerk an einem öffentlichen Fluß zu betreiben, die Fischerei in einem See u. s. f. (§§ 212, 227). So auch das Recht, eine Wasserleitung durch Straßengebiet zu führen, oder eine andere Grunddienstbarkeit am Reichsboden (Z. IV, 34; X, 79 Erw. 4—8; XVIII, 416 Erw. 4; XXV, 379 Erw. 1; XVII, 289 Erw. 2 vgl. § 246, 2.) Eine Reihe von Streitigkeiten über Ansprüche dieser Art sind entstanden bei der Bereinigung des Grundprotokolls der Stadt Zürich; es wurde das Recht beansprucht, ein Waschschiff in der Limmat, eine Bude unter dem Wettingerhaus oder dgl. zu halten. Alle diese Ansprüche wurden abgewiesen, s. U. 2883.

2. Außerdem haben aber die Privatpersonen auch häufig ein Interesse, die öffentliche Sache je nach ihrer Bestimmung zu benutzen, und in dieser letzteren Beziehung ist die bisherige zürcherische Praxis zu beachten, nach welcher es jenen gestattet war, gegenüber von Beeinträchtigung des freien Gebrauches durch Andere den Schutz der Gerichte anzurufen. Z. B. gegen Versperrung eines öffentlichen Weges. Diese Rechte der Privaten sind aber richtiger Weise als persönliche (actio injuriarum), nicht als dingliche zu betrachten. (Vgl. Schneider, zürch. Baurecht § 2.) Indessen läßt sich in den meisten Fällen der Art auch durch polizeiliche Mittel begegnen, und zunächst ist es Sache der Polizei, für den gemeinen Gebrauch öffentlicher Straßen, Plätze u. dgl. von Amts wegen zu sorgen.

3. Solche Rechte können nicht durch Ersitzung erworben werden. (Z. XVII, 289.)

4. Der Anstößer an einem öffentlichen Wege hat kein Recht der Einsprache gegen dessen Verlegung durch die Behörden (Z. XXIV, 43 Erw. 7 und 8), wenigstens dann nicht, wenn er nicht etwa von jeder Verbindung mit der Straße abgeschnitten wird. (Z. X, 85 Erw. 3; XV, 320 Erw. 8; vgl. Ullmer, staatsrechtl. Praxis I, 386 Nr. 406; Zeitschrift für schweiz. Recht VIII, 4 Nr. 2.) Siehe nun aber § 142.

§ 62.

[487.] Die herrenlosen Sachen, wie z. B. das Wild im Walde, die Fische im Wasser, die Vögel in der Luft, sind in Niemandes Eigenthum, auch nicht des Staates, aber fähig, in das Privateigenthum überzugehen.

1. Das Gesetz verwirft die unnatürlichen Fiktionen einiger anderer Rechte, welche ein Eigenthum des Landesherrn oder des Staates oder der Grundbesitzer an dem Wild annehmen, das sich in ihrem Gebiet aufhält. Die Römer haben in dieser Beziehung das natürliche Recht erkannt, daß die Sachen, welche noch nicht in die Herrschaft des Menschen gelangt oder wieder aus derselben getreten sind, Niemandem angehören und erst durch Besitznahme und Aneignung Gegenstand des Vermögens werden.

Zweiter Abschnitt.

Vom Besitz.

A. Erwerb des Besitzes.

§ 63.

[neu.] Der Erwerb des Besitzes geschieht im Falle der Uebergabe beweglicher Sachen nach Maßgabe der Art. 200 u. ff. des Schweizerischen Obligationenrechtes; für die übrigen Fälle des Besitzerwerbes sind die folgenden Bestimmungen maßgebend.

1. Das schweiz. OR. hat in der Lehre vom Besitzes- und Eigenthumerwerb an beweglichen Sachen durch Uebergabe (Tradition) große Veränderungen gegenüber dem früheren zürcherischen Rechte herbeigeführt, namentlich im Sinne des französischen Rechtes zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers. Besitz kann aber, auch ohne Uebergabe durch einseitige Handlung des Erwerbers (Okkupation) erworben werden. Solcher Besitzeserwerb steht noch unter kantonalem Rechte.

§ 64.

[488]. Zu dem Besitzerwerbe gehört in der Regel zweierlei:

a. die Aeußerung körperlicher Macht über die Sache, an welcher Besitz ergriffen wird;

b. der Wille, diese Macht in eigenem Interesse zu üben.

1. Zunächst wird der Besitz hier als die thatsächliche Herrschaft des Menschen über die Sachen verstanden, Sachenbesitz. Es ist daher auch die Besitzlehre im Sachenrecht behandelt worden. Daraus darf freilich nicht gefolgert werden, daß der Begriff des Besitzes auf diese Beziehungen beschränkt sei — der gesammten Rechtsordnung geht eine thatsächliche Ordnung parallel —; aber dort ist die Lehre ausgebildet worden und da auch von durchgreifender praktischer Wichtigkeit.

2. Zwei Dinge müssen zusammentreffen, damit der Besitz erworben werde:

a. ein sachliches Moment, die Aeußerung körperlicher Macht über die Sache, sogenannte Apprehension (corpus possidendi), z. B. die Sache wird ergriffen;

b. ein geistiges Moment, der Wille, Herrschaft zu üben (animus possidendi).

Ist nur das eine da, z. B. nur das erste, wenn ein Wahnsinniger fremde Kleider packt, oder wenn Jemand einen fremden Kupferstich lediglich zur Ansicht in die Hand nimmt, oder nur das zweite, — z. B. der Käufer will die Waare in seine Gewalt nehmen, aber ein Dritter hat dieselbe dem Verkäufer entzogen —, so hat kein Besitzerwerb stattgefunden.

3. In eigenem Interesse, nicht nothwendig, wie ein Eigenthümer. (Vgl. § 66).

§ 65.

[489.] Die Aeußerung körperlicher Macht über die Sache setzt nicht nothwendig körperliche Berührung derselben voraus, wohl aber die geoffenbarte Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken.

Sie ist auch dann vorhanden, wenn die Sache in die Wohnung oder das Magazin des Erwerbers gelangt ist, selbst wenn dieser weder persönlich noch durch einen Stellvertreter zugegen war.

1. Die geoffenbarte Möglichkeit. Z. B. B, der Testamentserbe des A eignet sich die Schlüssel zu dem Kasten des A an. Damit hat B die Möglichkeit erlangt, über die im Kasten liegenden Sachen seine Herrschaft auszuüben. Er hat daher wirklich Besitz erworben. (Vgl. v. Savigny, R. des Besitzes, S. 208).

2. Wohnung oder Magazin. Es genügt eine Räumlichkeit, über welche der Erwerber ausschließlich körperliche Macht hat, auch wenn mit dieser Macht der Wille, irgend einen Besitz, auch nur Miethbesitz, im eigenen Interesse zu üben, nicht verbunden ist. (Z. XXI, 165 Erw. 3).

3. Die Meinung, daß es auch einen symbolischen Besitzerwerb gebe, durch Zeichen, findet in dem Gesetz keine Unterstützung. Aus dem Symbol läßt sich wohl auf den Willen schließen, aber das sächliche Moment muß in Wahrheit vorhanden sein, denn der Besitz ist ein wesentlich reales Verhältniß.

4. Berührung. Das frühere Gesetz hatte hinzugefügt „mit Hand oder Fuß“. Diese Worte sind als überflüssig gestrichen worden.

§ 66.

[490.] Wer den Nießbrauch an einer Sache innehat, der Faustpfandgläubiger und andere Personen, welche ihren Besitz zwar regelmäßig von dem Eigenthümer ableiten, aber ein selbständiges Interesse daran haben, wie der Pächter eines Grundstückes, der Miether einer Sache u. s. f., haben zwar keinen Eigenthums-, wohl aber Nießbrauch-, Pfand-, Pacht-, Miethbesitz und werden in demselben insoweit geschützt, als die Natur des Rechtsverhältnisses reicht, welches sie durch diesen Besitz ausüben.

1. Das Gesetz geht hier über die Theorie des römischen Rechtes hinaus, und spricht von Besitz auch unter Voraussetzungen, wo dieses nur eine von dem Rechte nicht geschützte detentio (im Gegensatz zur possessio) ein bloßes Innehaben annimmt. Unser Gesetz folgt hierin der Rechtsentwicklung, wie sie durch die Spolienklage des kanonischen Rechts begünstigt im deutschen Recht vor sich gegangen und in unserer Sprache, in der Volksanschauung und Praxis und in den neueren Gesetzgebungen sich kund gibt. Unter Sachenbesitz im weitern Sinn verstehen wir jede thatsächliche Herrschaft des Menschen über die Sache, die dieser für sich übt, nicht bloß

die vollkommene, dem Eigenthum analoge, die wir Eigenthumsbesitz, Eigenbesitz heißen, sondern auch die beschränkte und unvollständige Herrschaft, die der Nießbraucher, Faustpfandgläubiger, Pächter u. s. f. ausübt. In allen genannten Fällen steht der Besitzer in dem körperlichen Machtverhältniß zu der ganzen Sache, welches die Römer als die eine nothwendige Seite des Besitzes erkannt haben und detentio heißen. Und dazu kommt als zweites Moment ein geistiges Willensverhältniß, jene Macht im eigenen Interesse zu üben. Die Verbindung von beiden erhebt den Besitz zu einer eines relativen Rechtsschutzes würdigen thatsächlichen Ordnung. Wenn am Schlusse dieses Abschnittes in den §§ 105—107 noch weiter von „Besitz von Rechten" die Rede ist und daselbst die Ausübung von mancherlei Realrechten hervorgehoben wird, so beruht der Gegensatz darauf, daß hier nur der eigentliche Sachenbesitz, d. h. der sich in dem Innehaben der Sache (detentio) körperlich äußert, dort dagegen die Ausübung dinglicher Rechtsverhältnisse gemeint ist, welche sich nicht in dem Innehaben einer ganzen Sache darstellen. Der Besitz des Nießbrauchers z. B. gehört hieher, weil dieser über die ganze Sache reale Macht übt, deren Früchte er genießen und die er gebrauchen will. Der Besitz auch solcher Dienstbarkeiten, die mit äußern Anstalten verbunden sind, z. B. eines Weges oder einer Wasserleitung, wird besser wie der Besitz anderer Dienstbarkeiten als Besitz von Rechten aufgefaßt, weil hier doch zunächst nur auf einen einzelnen Theil des dienenden Grundstücks körperlich eingewirkt und daher von einem Innehaben der ganzen Sache nicht gesprochen wird.

2. Ein selbständiges Interesse. Darauf ruht der Besitzeswille (§ 64 b); und das ist die unterscheidende Eigenschaft, welche die einen Fälle der Innehabung des Besitzschutzes würdig macht, während die ihrer ermangelnden anderen Fälle derselben als bloße indifferente Zustände nicht einmal einen Bestandtheil der thatsächlichen Ordnung bilden, die als solche geschützt wird. Es ist nicht nothwendig, daß jenem Interesse ein dingliches Recht entspreche, wie es z. B. bei dem Nießbrauch- und Pfandbesitz der Fall ist. Es kann auch ein obligatorisches Verhältniß die Art des Besitzes bestimmen und dennoch ein selbständiges Interesse daran auf Seite des Besitzers stattfinden. Dahin gehören:

a. der Besitz des Miethers an der gemietheten Wohnung oder dem Magazin; vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht, § 56, 3 d. (Miethebesitz);

b. der Besitz des Entlehners (Commodatars) bei der Gebrauchsleihe (Leihebesitz).

Als Fälle bloßen Innehabens dagegen werden betrachtet:

a. das Innehaben der Dienstboten an den Sachen der Dienstherrschaft; (Z. XIV, 187 Erw. 4);

b. das der Fabrikarbeiter oder der Handwerksgesellen an den Werkzeugen und dem Arbeitsstoff des Fabrikherrn oder des Meisters;

c. des Anwaltes an den Akten der Partei;

d. des Depositars an den hinterlegten Sachen.

3. Als die Natur des Rechtsverhältnisses. D. h. der Pfandbesitz wird mit Rücksicht auf das Pfandverhältniß (also nur so weit es zur Deckung der Forderung nöthig), der Miethbesitz nach den Grundsätzen über Miethe, z. B. mit Be-

achtung der Ziele, geschützt. Mehrere Besitzarten können auch zugleich vorkommen und dieselbe Besitzstörung zu verschiedenen Besitzklagen Veranlassung geben. Z. B.: Eine dem A zugehörige Wohnung ist an B vermiethet. Nun wird durch Vorkehrungen des C die Benutzung seiner Wohnung gehemmt. Hier können A als Eigenbesitzer und B als Miethebesitzer über Besitzstörung klagen, jeder aus eigenem Interesse, aber der Miether nur so weit seine Miethe dadurch belästigt wird. Die Klage des Miethers ist auch dem Eigenthümer gegenüber wirksam, wenn die Störung des Miethbesitzes von diesem ausgeht. Z. B.: Die Wohnung ist von A an C zu Eigenthum übertragen; und C verschließt dem B die von A vermietheten Räume. In solchen Fällen bewährt sich die praktische Wirkung des erweiterten Begriffs von Besitz, wie er mehr oder weniger bewußt auch in andern germanischen Rechten anerkannt ist. Vgl. Rüttimann die Lehre von dem Besitz in der Zeitschrift für schweiz. Recht, VIII. S. 20, der aber gegen die Auffassung unsers Gesetzes Bedenken äußert.

§ 67.

[491.] Der Besitz kann auch durch Stellvertreter erworben werden, welche aus Auftrag oder mit Vollmacht für einen Anderen Besitz ergreifen. Handelt ein Geschäftsführer ohne Auftrag, so erwirbt der Vertretene den Besitz durch dessen Vermittlung erst, wenn er die Besitzergreifung desselben genehmigt.

1. Stellvertreter. Z. B. der Geschäftsführer einer Handelsgesellschaft, oder der Vorstand oder Angestellte einer Aktiengesellschaft oder einer einheitlichen juristischen Person nimmt für diese und an deren Statt eine Sache in den Besitz; oder der Dienstbote oder der Vormund oder der Anwalt des A empfängt in dessen Namen eine Sache. Es ist dazu nothwendig, daß der Stellvertreter den Willen habe, für den Andern zu besitzen. (B. XVI, 251, Erw. 3; Z. XXV, 386).

2. Ohne Auftrag. Das hindert nicht, daß ein Generalbevollmächtigter den Besitz dem Vollmachtgeber sofort erwirbt, auch bevor dieser Kenntniß von der Besitzergreifung erhält.

3. Genehmigt. Vorher fehlt es an dem Willen des Vertretenen, den Besitz zu erwerben, ohne welchen der Besitz nicht möglich ist.

§ 68.

[492]. Der Besitz eines Grundstückes oder einer Wohnung zieht in der Regel den Besitz der beweglichen Sachen nach sich, welche in den Bereich des Grundstückes oder der Wohnung kommen und um dessen willen in die Macht des Besitzers dieser Liegenschaften gerathen.

1. Eine wichtige Anwendung zeigt sich in folgendem Falle. Die Frau eines Falliten miethet eine Wohnung, in der sie mit dem Manne zusammenlebt. Da ist die Vermuthung dafür, daß sie, nicht ihr Mann die darin befindlichen Möbeln u. s. f. besitze und es können dieselben daher im Rechtstrieb gegen den Mann nicht gepfändet werden,

es sei denn, daß ausnahmsweise besondere Gründe für seinen eigenen Besitz an den Sachen sprächen. Andere Anwendung s. § 99, 3.

Wenn dagegen ein Handwerker sein Arbeitszeug in die Wohnung des Dienstmiethers oder Werkherrn mitbringt, um daselbst die bestellte Arbeit zu vollbringen, so treten diese Sachen dadurch nicht außer den Besitz des erstern und in den Besitz des letztern. (Z. II, 370.)

2. Jemand bricht in dem Grundstücke, welches ein Anderer besitzt, Steine, und läßt sie auf dem Grundstücke liegen. Sie sind als im Besitze des Andern befindlich anzusehen. (Z. XXI, 150, Erw. 6.)

§ 69.

[493.] Der gesetzliche Erbe setzt den Besitz des Erblassers unmittelbar nach dem Tode desselben in der Weise fort, wie ihn der Erblasser gehabt hat.

Wenn der Testaments- oder der Vertragserbe infolge seines Erbantrittes den Besitz erwirbt, so wird angenommen, auch er setze den Besitz des Erblassers fort.

1. Der deutschrechtliche Grundsatz, daß mit dem Tode des Erblassers die Vermögensrechte unmittelbar auf den Erben übergehen, wird hier auch für den Uebergang des Besitzes anerkannt, aber auf die gesetzliche Erbfolge beschränkt. Es ist das herkömmliches Recht: Der Erbe kann daher die Besitzes- und die Besitzrechtsklagen, welche der Erblasser hinterlassen hat, auch seinerseits geltend machen, und sich, selbst wenn ein Dritter nach dem Tode des Erblassers eigenmächtig den Besitz der Erbschaftssachen ergriffen hat, aus dem Grunde in deren Besitz einweisen lassen, daß sein Besitzrecht verletzt worden. Bluntschli, deutsches Privatrecht, § 188. Es ist das allerdings eine Erweiterung des natürlichen Begriffs von Besitz, welche ihren allgemeinen Grund darin hat, daß der Rechtsschutz, der dem Besitz gewährt wird, diesen zu einem — — wenn auch unvollkommenen — Rechtsbegriff erhoben und so zur Anerkennung eines ideellen Besitzes geführt hat, und ihren besondern Grund in der engen erbrechtlichen Verbindung der Erben mit dem Erblasser, und in dem Bedürfniß, den Erben in dem ungeschmälerten Bestand der Verlassenschaft so gut als möglich zu schützen.

2. Für die Erbfolge aus Testament oder aus Erbvertrag versteht sich dieser Uebergang des Besitzes nicht von selbst, weil jene — ihrer Natur nach auf dem Willen beruhend — des Erbantritts bedarf, damit der eingesetzte Erbe oder der Vertragserbe wirklich zum Erben werde. Ist er aber Erbe geworden, dann wird er wie ein gesetzlicher Erbe behandelt, und auch für die Zwischenzeit (der hereditas jacens) angenommen, der Besitz des Erblassers sei inzwischen von dem Erben fortgesetzt worden. Das römische Recht hält sich in diesen Beziehungen strenger an die natürlichen Erfordernisse des Besitzerwerbs.

§ 70.

[494.] Wird der Besitz durch widerrechtliche Gewalt oder Arglist oder Mißbrauch des Vertrauens ergriffen, so ist er als fehlerhafter und bösgläubiger Besitz zu behandeln.

1. Bösgläubiger. Das frühere Gesetz sagte: „unehrlicher“ oder „unredlicher“. Die Kommission sagt in ihrem Bericht an den Regierungsrath: „Die Ausdrücke „redlicher“ und „unredlicher“ Besitzer sind überall in „gut-“ und „bösgläubiger“ Besitzer umgeändert, entsprechend der im gemeinen Rechte und sonst überall in Deutschland und Oesterreich wie auch im römischen Rechte (bonæ fidei und malæ fidei possessor) und darnach auch in den modernen Rechten romanischer Zunge herrschenden Terminologie.“ Das preußische, das österreichische, das aargauische, das bündnerische, das sächsische Gesetzbuch gebrauchen den Ausdruck „redlicher Besitzer“; dagegen stimmt der neu eingeführte Sprachgebrauch mit demjenigen des schweiz. OR. überein.

2. Das objektive Moment der Fehlerhaftigkeit des Besitzes (vitium possessionis) und das subjektive des bösen Glaubens (mala fides) sind hier zusammengeworfen.

3. Selbst der fehlerhafte und bösgläubige Besitz hat als ein Bestandtheil einer thatsächlichen Ordnung einen Anspruch auf Schutz, aber einen geringern, als die beiden höhern Stufen des Besitzes, der gutgläubige und der rechtmäßige Besitz (§§ 77 ff.). Fälle der Art sind:

a. Gewalt (vis): der Besitz des Räubers an den geraubten, gewöhnlich auch des Diebes an den gestohlenen Sachen, aber selbst des Eigenthümers, der in der Form unerlaubter Selbsthülfe seine von einem Dritten besessene Sache diesem wegnimmt, § 72.

b. Arglist. Fällt die diebische Besitzergreifung nicht schon unter a, so kann sie doch dieser Klausel nicht entgehen.

c. Mißbrauch des Vertrauens. Wird einem eine Sache zum Gebrauch geliehen, und es will der Entlehner den Leihebesitz nun willkürlich in Eigenbesitz umwandeln, oder der Dienstbote die ihm zum Innehaben anvertraute Sache für sich zu besitzen anfangen, so ist auch das unehrlicher Besitz.

In allen diesen Fällen ist zwar Besitzwille da, aber ein fehlerhafter. Die Verschuldung des Besitzergreifers hindert zwar die Entstehung des Besitzes nicht, macht aber denselben zu einem offenbar ungehörigen. Vgl. § 74, 1.

§ 71.

[495.] Der rechtmäßige Besitz setzt nicht allein fehlerfreie Besitzergreifung (§ 70), sondern überdies einen auf Besitzerwerb gerichteten und dafür tauglichen Rechtsgrund voraus, z. B. Kauf, Geschenk, Erbrecht.

1. Tauglicher Rechtsgrund, Besitzestitel, justus titulus; vgl. Oestr. § 316, Bern S. 353, Luzern § 225; Sachsen § 187. Derartige Rechtsgründe für den Erwerb des Eigenbesitzes sind z. B. auch das Urtheil, gerichtliche Zufertigung, Zueignung herrenloser Sachen, die Verpfändung für den Pfandbesitz, das Vermächtniß für den Besitz zu Nießbrauch u. s. f.

2. Auf Besitzerwerb. Es ist doch kein bloßes Versehen, wenn das Gesetz nicht von Eigenthumserwerb spricht, wie Rüttimann annimmt a. a. O. VIII, S. 33. Der in das Gesetz aufgenommene Begriff des titulirten Besitzes ist wie die Besitzrechtsklage (§ 92) nicht auf den Eigenbesitz beschränkt, sondern geht dem ganzen Sachenrecht parallel; und es wird keineswegs ein für das dingliche Recht (Eigenthum, Pfandrecht, Nießbrauch u. s. f.) tauglicher Erwerbtitel gefordert, sondern in der That

nur ein für den Erwerb des Besitzes tauglicher Rechtsgrund. Wer von dem Nichteigenthümer eine Waare kauft, hat einen für die Uebergabe der Waare, aber keinen für den Eigenthumserwerb tauglichen Rechtstitel. Wer dagegen eine Sache entwendet, der hat keinen Rechtstitel. Das Gesetz vermeidet also den Fehler, den Rüttimann S. 35 den meisten neuern Gesetzen vorwirft, daß sie die obligatorisch gültigen und die zu dinglicher Wirkung tauglichen Titel verwechseln. Das Gesetz hätte kürzer so gefaßt werden können: Der rechtmäßige Besitz setzt nicht allein fehlerfreie Besitzergreifung, sondern auch einen Rechtstitel voraus.

§ 72.

[496.] Auch wer einen gültigen Rechtsgrund (Titel) zur Besitzergreifung hat, darf dieselbe in der Regel nicht gewaltsam selber vollziehen, wenn der gegenwärtige Besitzer der Sache die Besitzergreifung streitig macht, sondern bedarf dazu der richterlichen Hülfe.

1. Vgl. oben § 70, 2 a. Das österr. Ges. § 320, dem mehrere schweizerische Gesetzgebungen folgen, Bern S. 354, Luzern § 226 reden hier von einem „Rechte zu dem Besitz“ (jus possidendi?) das sie von dem Rechte aus dem Besitz unterscheiden. Dieser Sprachgebrauch ist aber keineswegs zu empfehlen, da er dem meistens obligatorischen Titel auf Uebergabe des Besitzes irrig einen sächlichen Charakter beilegt.

2. In der Regel. Die Ausnahmen sind selten. Ein Beispiel ist die Selbstpfändung. (§ 401.) (Vgl. Z. XI, 134, Erw. 3.)

§ 73.

[497.] Der gutgläubige Besitz setzt voraus, daß der Besitzer die Besitzergreifung nicht als eine unrechtmäßige gekannt habe.

1. Zum Begriff des gutgläubigen Besitzes ist nicht gerade nothwendig das Wissen eines genügenden Rechtsgrundes, wohl aber das Nichtwissen des Mangels an einem Rechtsgrund. Z. B. Wer ehrlicher Weise meint, die Sache sei ihm geschenkt worden, während der Geber sie ihm bloß zum Gebrauche, nicht zu eigen überlassen hat, oder wer glaubt, es sei ein Kaufvertrag zu Stande gekommen, während der bisherige Eigenthümer zwar wohl über den Verkauf unterhandelt, aber denselben nicht abgeschlossen hat, der hat keinen rechtmäßigen, wohl aber gutgläubigen Besitz erworben. Wer aber wissentlich von einem Nichteigenthümer kauft, ist dem Eigenthümer gegenüber, dessen Besitzrecht er mißachtet, kein gutgläubiger Besitzer.

2. Ueberdem besteht der praktisch wichtige Gegensatz, daß der gutgläubige Besitz vermuthet wird, dagegen wer rechtmäßigen Besitz behauptet, den Rechtsgrund nachweisen muß (§ 76). In vielen Fällen wird daher auch ein rechtmäßiger Besitzer nur die aus dem gutgläubigen Besitz fließenden Rechte geltend machen können, weil dieser Beweis ihm nicht möglich ist oder nur jene geltend machen wollen, um sich diesen umständlichen Beweis zu ersparen.

3. Besitzergreifung. Es ist nur nöthig, daß diese in gutem Glauben geschehen sei. Wenn dem Besitzer später Zweifel aufsteigen über den vermeintlichen Rechtsgrund zur Besitzergreifung, Zweifel, welche eine redliche Besitzergreifung gehindert hätten, so sind dieselben doch nicht stark genug, den einmal entstandenen gutgläubigen Besitz in einen bösgläubigen zu verwandeln. (Vgl. § 75.)

§ 74.

[498.] Wer schon zur Zeit der Besitzergreifung auch bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Titels zu zweifeln, wird, insofern er sich den unrechtmäßigen Besitz ohne weitere Prüfung angeeignet, nicht als ein gutgläubiger Besitzer behandelt.

1. Z. B. Jemand findet eine Sache von einigem Werth auf der Straße; er nimmt an, daß dieselbe vom Eigenthümer absichtlich weggeworfen worden sei und frägt gar nicht nach, ob sie Jemand verloren habe. (Vgl. B. XIX, 332; Z. VIII, 465; IX, 293; XVI, 289; XVII, 290, Erw. 5.) Das gilt auch dann, wenn der Betreffende von der Anklage wegen Hehlerei freigesprochen wird. (Z. XXIII, 320.)

§ 75.

[499.] Dagegen hört der gutgläubig erworbene Besitz nicht auf, als gutgläubiger Besitz zu gelten, wenn erst nachher bei dem Besitzer Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Besitzes entstehen, wohl aber, wenn der Besitzer anfängt zu wissen, daß er die Sache mit Unrecht dem Berechtigten vorenthalte.

1. Die bloßen Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Besitzergreifung, die nach derselben entstehen, heben die Redlichkeit des Besitzes nicht auf (§ 73, 3), wohl aber das bestimmte Wissen und Vorenthalten des unrechtmäßigen Besitzes. Preuß. Landr. I, 7, § 16 und § 17: „Von dem Zeitpunkte, da Jemand von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überführt worden, ist er für einen unredlichen Besitzer zu achten.“ Das volle Bewußtsein des eigenen Unrechts und eine demselben entsprechende unrechtliche Handlungsweise — z. B. nachdem es dem Besitzer genügend bewiesen worden, daß er die Sache mit Unrecht in Besitz genommen habe, weigert er sich ohne Grund, dieselbe an den Eigenthümer herauszugeben — ist mit der Fortdauer des gutgläubigen Besitzes nicht verträglich.

§ 76.

[500.] Im Zweifel ist die Vermuthung für den guten Glauben, nicht aber ebenso für die Rechtmäßigkeit des Besitzes.

1. Vgl. § 73, 2; österr. Ges. § 323: „Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden.“ Die Gesetze von Bern 356 und Luzern 228 nehmen

auch eine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes an. Das aber geht zu weit. Jedermann hat ein natürliches Recht darauf, für redlich gehalten zu werden, wenn nicht Gründe für die Unredlichkeit vorliegen; aber es gibt keinen natürlichen Grund dafür, einen bestimmten Rechtstitel, z. B. einen Kaufvertrag zu vermuthen, wenn dafür nichts vorliegt.

2. Die Vermuthung des guten Glaubens wirkt aber nur so lange, als nicht Gegengründe sie entkräften. Wer z. B. eine fremde Sache findet und verheimlicht, gilt nicht als gutgläubiger Besitzer. Eben so wenig wer Bücher kauft, die als einer öffentlichen Bibliothek zugehörig gestempelt sind, ohne für seinen Erwerb sich besser auszuweisen (§ 74).

B. Wirkungen des Besitzes.

§ 77.

[501.] Jeder Besitzer ist, ohne Rücksicht auf den guten Glauben oder die Rechtmäßigkeit des Besitzes, berechtigt, seinen Besitz gegen unbefugte Gewalt oder eine Beeinträchtigung, welche ein Vergehen begründet, zu vertheidigen und dafür auch gerichtlichen Schutz zu begehren.

1. Der Besitzschutz, welchen das Gesetz jedem Besitz, also auch dem fehlerhaften und bösgläubigen verstattet, ist auf die Abwehr eines Angriffs, der ein Vergehen ist, beschränkt. Die thatsächliche Ordnung soll auch in dem bösgläubigen Besitz um ihres Bestandes und des gemeinen Friedens willen gegen eine verbrecherische thatsächliche Verletzung gesichert sein, und Jeder, der im Besitz ist, hat ein natürliches Recht auf diese Sicherheit, ohne daß irgend untersucht wird, wie er zu seinem Besitze gelangt und ob er dabei in gutem oder schlechtem Glauben gewesen sei.

2. Vertheidigen. Zur Vertheidigung also ist die Selbsthülfe gestattet, nicht aber zum Angriff. § 72.

3. Gerichtlichen Schutz. Ueber die Form des Verfahrens s. § 84.

§ 78.

[502.] Ist es streitig, welche Partei als gegenwärtiger Besitzer zu betrachten sei, so wird vorläufig derjenigen der Vorzug gegeben, welche zur Zeit den reellen Besitz hat, wenn nicht vorliegt, daß sie auf widerrechtliche Weise die Gegenpartei aus dem Besitze verdrängt habe.

1. Das ist das sogen. possessorium summarium des gemeinen Rechts. Im Zweifel hält sich der Richter an die äußere Erscheinung und ändert vorläufig nichts an ihr. Wird aber sofort klar gemacht, daß der Kläger vom jetzigen Besitzer widerrechtlich aus seinem fehlerlosen Besitz verdrängt worden ist, so kann der Richter ihn sofort in den Besitz einweisen (interdictum recuperandæ possessionis) S. § 81. Z. B. dem Besitzer A ist eine Sache gestohlen und von dem Dieb B an den von dem Diebstahl nicht unterrichteten C übergeben worden, der nun im reellen Besitze ist. Hier ist vorläufig C im Besitze zu belassen; es bleibt aber dem A die Eigenthums- und die Besitz-

rechtsklage (§ 92) vorbehalten. Wenn aber vorliegt, daß C selbst die Sache dem A gestohlen habe, dann wird er auch sofort genöthigt, dieselbe an A herauszugeben, insofern dem A selbst ein älterer fehlerloser Besitz zugeschrieben wird.

§ 79.

[503.] Der gutgläubige Besitzer hat überdies ein Recht auf gerichtlichen Schutz gegen jede eigenmächtige, wenn auch nur theilweise Störung seines Besitzes, selbst wenn darin kein Vergehen liegt.

1. Ausgedehnter ist der Rechtsschutz zu Gunsten des gutgläubigen Besitzes, und zwar:

a. indem die gerichtliche Vertheidigung derselben gegen jede ungerechtfertigte Störung gewährt wird, auch wenn darin kein Vergehen liegt (§ 79);

b. indem der gutgläubige Besitzer auch auf Wiederherstellung des Besitzes klagen kann (§ 81 ff.);

c. indem er in dem Genuß der Früchte (§ 85 ff.) und in den Ansprüchen auf Ersatz für Auslagen besser gehalten wird, als der bösgläubige Besitzer.

2. Z. B. Der gutgläubige Besitzer eines Grundstückes kann mit dieser Besitzklage den Nachbar verhindern, daß er durch dasselbe gehe oder seinen Hofraum überstelle u. dgl. Aber auch der Miether kann seinen Miethebesitz sogar gegen den Hauseigenthümer schützen, wenn dieser durch ungerechtfertigte Vorkehrungen ihm die Benutzung der Wohnung beeinträchtigt. Ist aber die Miethzeit beendigt, so kann mit derselben Klage der Hausbesitzer die Räumung der Wohnung begehren. Vermuthlich hat das Gesetz, indem es diesen Rechtsschutz nur dem gutgläubigen, nicht auch dem offenbar bösgläubigen Besitzer verstattet, vorzüglich an die Fälle gedacht, in denen der besser Berechtigte eine theilweise Besitzstörung vornimmt, die nicht ein Vergehen enthält, d. h. die nicht schon aus Gründen der öffentlichen Ordnung sofort zu beseitigen ist. Indem es dem bösgläubigen Besitzer die Klage versagt, hindert es aber nicht die Berücksichtigung der eingetretenen Störung bei Gelegenheit der Klage des besser Berechtigten. Vielleicht wäre es richtiger gewesen, die Klage wegen theilweiser Besitzstörung im Sinne des § 77 jedem Besitzer zu gestatten. (Vgl. Rüttimann a. a. O. S. 65.)

§ 80.

[504.] Der Beklagte kann infolge der Beschwerde des Klägers zum Schadenersatz und, wenn weitere Störungen zu befürchten sind, zur Kautionsstellung angehalten werden.

1. Kann. In manchen Fällen wird schon ein einfacher Befehl des Gerichtspräsidenten genügen, durch welchen der Beklagte angewiesen wird, von der Störung abzustehen und in Zukunft eine ähnliche Verletzung des Besitzes zu unterlassen. Aber wenn in Folge der geschehenen Besitzstörung schon ein Schaden verursacht worden ist, so ist der geschädigte Besitzer berechtigt, dafür Ersatz zu fordern; und wenn die Umstände den

Verdacht begründen, daß der Beklagte ungeachtet jenes Befehls weitere Störungen vornehmen werde, so ist es gerechtfertigt, wenn der Besitzer überdem durch eine Kaution sicher gestellt wird, zu welcher der Beklagte anzuhalten ist.

§ 81.

[505.] Ist der gutgläubige Besitzer auf widerrechtliche Weise (durch Gewalt oder List oder Mißbrauch einer Vergünstigung) aus dem Besitze verdrängt worden, so ist er berechtigt, Demjenigen, welcher ihn verdrängt hat, und dessen Erben gegenüber Wiederherstellung des Besitzes und Schadenersatz zu verlangen.

1. Hier folgt nun die auf Wiederherstellung des entzogenen Besitzes gerichtete Besitzklage, die sogenannten interdicta recuperandæ possessionis. Voraussetzungen dieser Klage sind:

a. Der Kläger muß gutgläubiger Besitzer gewesen sein, als er

b. aus dem Besitz verdrängt worden ist; der Dieb oder Räuber, dem die gestohlene Sache gewaltsam abgejagt worden, hat nach dem zürcherischen Rechte im Gegensatz zum römischen Recht die Klage nicht;

c. die Verdrängung muß in widerrechtlicher Form geschehen sein, also

α. durch Gewalt (vi). Eine unmotivirte Furcht des Klägers, der vor bloß eingebildeter den Besitz fahren ließ, ist nicht zureichend;

β. oder durch List, heimlicher Weise (clam),

γ oder durch Mißbrauch einer Vergünstigung, nicht bloß auf das eigentliche Precarium anwendbar, sondern auch, wenn der, welcher die Sache bloß inne hatte oder welchem nicht Eigenbesitz, wohl aber ein anderer beschränkter Besitz, z. B. Miethebesitz, zukam, anfangen will, die Sache für sich und wie eine eigene zu besitzen. (§ 70.)

d. Gleichgültig ist es, ob der Gegenstand des Besitzes eine unbewegliche oder eine bewegliche Sache sei.

e. Der Beklagte oder sein Erblasser muß den widerrechtlichen Besitzesentzug verübt haben. Die Klage geht also nicht gegen jeden Dritten, nicht gegen den gutgläubigen Besitzer; denn ihr Grund ist nicht ein dingliches Recht des Klägers an der Sache, sondern lediglich die Besitzstörung, das Unrecht, das er von dem Beklagten erlitten hat (vgl. § 83). Gegen den singulären Nachfolger des Besitzstörers geht die Klage nicht.

Die Klage ist außer auf Wiederherstellung des Besitzstandes, wenn dieser möglich ist, auch auf Schadenersatz gerichtet, der natürlich um so größer wird, wenn der Beklagte nicht mehr besitzt und daher auch nicht den Besitz zurückgeben kann.

2. Widerrechtliche Verdrängung ist in folgendem Falle nicht angenommen worden: ein Hund ist aus eigenem Antrieb seinem Besitzer fort- und seinem früheren Besitzer (und angeblichem Eigenthümer) wieder zugelaufen. (Z. XIII, 243.)

§ 82.

[506]. Diese Klage steht dem Besitzer auch unter der Voraussetzung zu, daß der Beklagte, welcher ihn verdrängt hat, ein besseres Recht auf

den Besitz habe. Dem letzteren bleibt es aber unbenommen, sein besseres Recht auf dem gewohnten Wege Rechtens geltend zu machen.

1. Z. B. Der Eigenthümer hat den redlichen Besitzer gewaltsam oder auf hinterlistige Weise und, indem er sich von diesem die Sache zum Gebrauch anvertrauen ließ, um den Besitz gebracht. Obwohl jener ein besseres Recht an der Sache hat, muß er dieselbe doch vorerst an diesen herausgeben, kann aber mit der Eigenthums- oder mit der Besitzrechtsklage (auf petitorischem Wege) die Sache wieder begehren. (Vgl. § 81, 2.)

§ 83.

[507]. Die Klage auf Wiederherstellung wird auch gegen den dritten Besitzer der Sache gegeben, welcher den Kläger nicht verdrängt hat, wenn derselbe zur Zeit, als er den Besitz, wenn auch in fehlerfreier Form erworben, davon Kenntniß hatte, daß die Sache dem Besitze des Klägers auf widerrechtliche Weise entzogen worden sei.

1. Es ist das eine Ausdehnung der auf Wiederherstellung gerichteten Besitzklage gegen den dritten bösgläubigen Besitzer, welche eben in dem bösen Glauben des Letztern ihre Rechtfertigung findet. Darüber hinaus aber wird die Klage nicht gegeben, also nicht, wenn der gute Glaube des Besitzers bloß zweifelhaft ist und nicht schon gegen den, der ohne Rechtsgrund besitzt. (Vgl. Arndts in der krit. Ueberschau, I. 360.)

2. Die Klage ist keine dingliche, sondern eine persönliche, und daher nicht zu verwechseln mit der dinglichen Klage aus unfreiwilligem Besitzesverlust des deutschen Rechts, obwohl sie in manchen Fällen statt derselben dient.

§ 84.

[508]. Die bisher genannten Besitzesklagen zur Vertheidigung oder Wiederherstellung des Besitzes sind innerhalb sechs Monaten seit der Störung oder dem Entzuge des Besitzes anhängig zu machen und werden in der Regel in Form des Befehlsverfahrens erledigt. Nach Ablauf dieser Frist werden sie nur insoweit gestattet, als der Beklagte aus dem begangenen Unrechte bereichert worden ist, und sind dannzumal auf dem gewohnten Wege Rechtens geltend zu machen.

1. Aehnlich wie bei den Römern die Interdikte der Prätoren hat sich bei uns für Besitzstreitigkeiten ein eigenthümliches und durchaus summarisches Befehlsverfahren der Gerichtspräsidenten ausgebildet, ganz im Gegensatz zu dem ordentlichen Prozeßverfahren und zu den unvermeidlichen Weitläufigkeiten desselben. Weitaus die meisten Anstände werden auf die mündliche Beschwerde des Besitzers hin in der Audienz des Gerichtspräsidenten einfach durch einen Befehl (Gebot oder Verbot) unverzüglich erledigt, und es kann der Befehl auch bedingt erlassen werden, je nach den Umständen. Hält sich der Beklagte nicht für verpflichtet, dem Befehle zu gehorchen oder den Gerichtspräsidenten nicht für hinreichend unterrichtet, so kann er

wieder, indem er sich unmittelbar an denselben wendet, eine Aufhebung oder Veränderung des Befehls zu erwirken suchen und nöthigenfalls gegen die Verfügung den schriftlichen Rekurs an das Obergericht nehmen, der ebenfalls ganz rasch, sei es, indem auch die Gegenpartei schriftlich vernommen wird, sei es ohne weitere Vernehmung durch einfachen definitiven Bescheid abgethan wird. Nur schwierige und zweifelhafte Fälle werden dem gewohnten Prozeßverfahren mit Parteiverhandlung vor gesessenem Gerichte zugewiesen. Dieses Befehlsverfahren hat sich vortrefflich bewährt und ist dem deutschen sogenannten summarischen Prozeß weit vorzuziehen. Die energische Raschheit desselben setzt aber voraus, daß der Besitzstreit auch ohne Verzug erledigt werden kann, so lange noch die Eindrücke der Besitzstörung frisch sind, und diese sowohl leicht nachzuweisen als auch ohne viel Umstände zu heben ist. Daher werden diese Besitzklagen in der Regel nur innerhalb sechs Monaten seit dem geschehenen Unrecht angenommen. Nach dieser Frist werden nur noch ordentliche Prozeßklagen und auch diese nur insoweit noch verstattet, als der Beklagte, wenn man die Klage nicht zuließe, unrechtmäßig bereichert würde, daher dann auch nur auf Herausgabe der Bereicherung. (Vgl. das römische Edikt L 1 pr. de vi, XLIII, 16).

2. Das Nähere über dieses Befehlsverfahren s. im Gesetz betr. die zürch. Rechtspflege vom 2. Dez. 1874 § 577 Ziff. 3, §§ 579 u. ff.

3. Anhängig zu machen, das heißt nach der Praxis des Obergerichts die Klage beim Friedensrichter einzuleiten, s. § 122, 3.

§ 85.

[509.] Der gutgläubige Besitzer ist nicht verpflichtet, dem Eigenthümer, oder wer sonst ein besseres Recht an der Sache hat, für die Früchte, welche er infolge seines gutgläubigen Besitzes bezogen und genossen hat, Ersatz zu leisten, noch selbst die vorhandenen, aber bereits abgetrennten Früchte herauszugeben.

Ausnahmsweise ist das Gericht in Fällen ungehöriger Bereicherung des Beklagten ermächtigt, denselben zur Herausgabe der vorhandenen oder zum Ersatz der genossenen Früchte anzuhalten.

1. Der gutgläubige Besitzer erwirbt die Früchte der besessenen Sache sofort durch die Lostrennung, nicht erst durch die Einsammlung. Vgl. Paulus L. 48, pr. de adq. rer. dom. XLI. 1; preuß. Landr. I. 7, § 190 ff.; Cod. civ. 548; österr. G. 330; Bern 377; Luzern 229; Freiburg 441; Aargau 442; Graubünden 216; Sachsen 308. Es gilt das sowohl von denen, die er durch seine Arbeit verdient hat, als von denen, die ohne sein Zuthun gewachsen sind. Er erwirbt nicht nur die natürlichen Früchte (Baumfrüchte, Getreide, Wein u. s. f.), sondern auch die Erzeugnisse des Verkehrs (Kapitalzinsen, Miethzinsen).

Indessen fügt das Gesetz eine beschränkende, aus den Grundsätzen der Billigkeit (æquitas) zu erklärende Ausnahme bei. Wenn darin für den gutgläubigen Besitzer eine unbillige Bereicherung läge, so kann das Gericht ihn insoweit zur Herausgabe, unter Umständen sogar zum Ersatz anhalten. Z. B. Er hat in gutem Glauben, daß er der Erbe sei, einen Weinberg eben vor dem Herbst in den Besitz genommen, Weinlese gehalten und den Wein verkauft. Kurze Zeit nachher ergibt sich, daß ein

näherer Erbe da sei, und er muß das Gut an diesen herausgeben. Da wäre es ein übermäßiger, mit der Dauer seines Besitzes außer Verhältniß stehender Gewinn, wenn er den ganzen Jahresertrag behalten könnte. Hätte aber der gutgläubige Besitzer das Gut gekauft und wohl eben mit Rücksicht auf die bevorstehende Ernte höher bezahlt, so läge darin kein unbilliger Gewinn, wenn er die Weinlese behielte. Die Ausnahme darf nur da gemacht werden, wo die Unbilligkeit eines ungeeigneten Gewinnes klar ist. (Vgl. Rüttimann a. a. O. S. 82.)

§ 86.

[510.] Wird eine Entwehrungsklage (Eviktionsklage) gegen den gutgläubigen Besitzer erhoben, so muß derselbe, insofern die Klage begründet erfunden wird, diejenigen Früchte, welche er, seitdem ihm die Klage mitgetheilt wurde, bezogen hat oder den Verhältnissen gemäß hätte beziehen sollen, herausgeben, wenn sie vorhanden sind, und Ersatz dafür leisten, wenn sie verbraucht worden sind.

1. Entwehrungs-, nicht wie andere Gesetzbücher schreiben, Entwährungsklage. So auch Windscheid. Es ist überhaupt die Eigenthumsklage, Vindikation gemeint.

2. Seitdem ihm die Klage mitgetheilt worden. Es kommt hier wohl nicht, wie Bluntschli und mit ihm Wyß in Z. XVII, 342 annimmt, auf den Zeitpunkt der Einreichung der friedensrichterlichen Weisung, sondern auf den Moment an, in welchem der Friedensrichter dem Besitzer Mittheilung von der Vindikation gemacht hat. Mit meiner Ansicht scheint übereinzustimmen das Obergericht in Z. XI, 14 Erw. 6. Bei den Zinsen wird in der Praxis von keinem der beiden Momente, sondern vom Datum der Weisung an gerechnet. Dieser Grundsatz ist eine Folge des Prinzips, daß dem Kläger durch das Urtheil zugesprochen werden soll, was ihm zukäme, wenn sein Recht schon zur Zeit der Einreichung der Klage anerkannt worden wäre. Auch die Römer behandeln den bonæ fidei possessor mit Bezug auf die während des Prozesses (nach der litis contestatio) bezogenen oder zu beziehenden Früchte wie einen malæ fidei possessor, ungeachtet nicht ohne weiters aus der Klagerhebung folgt, daß die bona fides des Beklagten zur mala fides geworden sei. (Vgl. Sachsen 308.)

3. Bezogen hat: Auch wenn sie nachher untergegangen sind.

§ 87.

[511.] Hat der gutgläubige Besitzer Auslagen auf die Sache verwendet, so braucht er dieselbe nicht anders herauszugeben, als gegen vollen Ersatz der nothwendigen und gegen Ersatz der nützlichen Auslagen, so weit der Nutzen noch fortwirkt.

1. Man unterscheidet dreierlei Auslagen oder Verwendungen (impensæ):
   a. nothwendige (necessariæ),
   b. nicht nothwendige aber nützliche (utiles),
   c. bloß luxuriöse, verschönernde (voluptuariæ). Ueber diese s. § 88.

2. *Nothwendige Auslagen.* Z. B. Der Besitzer hat eine Schuld bezahlt, für welche die Sache als Pfand verhaftet war, oder um ein theilweise abgebranntes Gebäude wieder herzustellen, die nöthigen Hauptreparaturen vorgenommen. Auslagen aber, die lediglich zur regelmäßigen Wirthschaft gehören, z. B. für Bepflanzung der Grundstücke, für gewöhnlichen Unterhalt des Hauses, für Fütterung des Viehes u. s. f., kann der Besitzer nicht in Anrechnung bringen. Dieselben finden ihr Gegengewicht eben in dem Gebrauch der Sache und in dem Fruchtgenuß durch den Besitzer. (§ 86.)

3. *Nützliche Auslagen,* d. h. solche, die zwar nicht nothwendig sind, um die Sache vor Untergang oder Verschlechterung zu wahren, aber doch den brauchbaren Werth der Sache erhöhen. In dieser Beziehung ist übrigens die Stellung des gutgläubigen Besitzers dem Eigenthümer gegenüber eine andere, als die des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn. Der letztere muß Ersatz leisten für die nützlichen Verwendungen, abgesehen von deren Erfolg, d. h. für die Verwendungen, die in der Absicht, den Nutzen des Geschäftsherrn zu fördern, vernüftiger Weise gemacht worden sind, z. B. für die erforderliche ärztliche Pflege eines kranken Pferdes, ungeachtet dasselbe starb. Der gutgläubige Besitzer dagegen kann nur für diejenigen nützlichen Auslagen Ersatz fordern, welche noch nützlich nachwirken, daher auch nur insoweit sie noch den Werth der Sache vergrößern. Z. B. Der gutgläubige Besitzer eines Gutes hat auf seine Kosten ein Wasserwerk an dem vorbeifließenden Bach angelegt. Das sind nützliche Auslagen, insofern sie wirklich tauglich sind und auch von dem später in dem Besitz folgenden Eigenthümer füglich benutzt werden können. Ist aber inzwischen das Wasserwerk zu Grunde gegangen oder unbrauchbar geworden, so hat der Besitzer die Kosten an sich zu tragen. In diesen Dingen muß auf das nach den Umständen Billige erkannt werden, wie auch die römischen Juristen schon bemerkt haben. Vgl. *Celsus* in d. L. 38 de rei vindic. (VI, 1) und *Paulus* in d. L. 79 de Verb. sign. (L., 16); *preuß.* Landr. I. 7, § 205: „Auch wenn der Nutzen noch nicht wirklich vorhanden, aber — in der Folge mit Sicherheit zu erwarten ist, kann der Besitzer die Verbesserungskosten fordern".

§ 88.

[512.] Für bloß verschönernde Auslagen hat er keinen Anspruch auf Ersatz, kann aber die Verschönerung wegnehmen, wenn solches ohne Schädigung der Hauptsache möglich ist und nicht der Berechtigte vorzieht, die Verschönerung in billigem Maße zu ersetzen.

1. Vgl. § 87, 1. *Verschönernde* Auslagen, die nur zum Schmuck der Sache dienen, nicht ihre Brauchbarkeit erhöhen, z. B. Statuen, Wandmalereien, Politur von Möbeln u. dgl. Es gehören dahin aber auch alle bloßen *Luxusverwendungen*, auch wenn sie nicht schön sind, Einrichtungen zum *Vergnügen* u. dgl., z. B. Badeanlagen, Springwasser, Schaukeleinrichtungen u. s. f. Das *österreichische* Gesetz § 332 verstattet auch dafür dem redlichen Besitzer einen mäßigen Anspruch auf Ersatz. Unser Gesetz folgt hier der römischen Auffassung. Das schließt nicht aus, daß wenn in Folge dessen dem Eigenthümer eine Bereicherung auf Kosten des Besitzers zu Theil würde, dieser allerdings Herausgabe derselben fordern kann. Z. B. Der Besitzer hat von einem berühmten Meister Fresken malen lassen und es hat deßhalb der Eigenthümer das Haus zu

einem höhern Preis verkauft. Denn in diesem Falle liegt eine für den Eigenthümer nützliche Verwendung vor. (Vgl. im Uebrigen die sehr schöne L. 38 Dig. de R. V., VI, 1.)

§ 89.

[513.] Verwendungen auf die Sache, welche zum gewöhnlichen guten Wirthschaftsbetriebe gehören, werden auch dem gutgläubigen Besitzer nicht ersetzt, ebensowenig wie die Verwendungen auf die Früchte, welche demselben verbleiben.

Ausnahmsweise kann der Eigenthümer, insofern er zum Schaden des gutgläubigen Besitzers ungehörig bereichert würde, zum Ersatze der Kulturkosten oder anderer Verwendungen der Art angehalten werden.

1. Vgl. § 87, 2. Die hinzugefügte Ausnahme bildet das Gegengewicht zu der Ausnahme des § 85. Es ist der umgekehrte Fall. Wenn z. B. der Besitzer jenes Weinberges alle Kulturkosten für denselben verwendet hat und nun unmittelbar vor dem Herbst genöthigt wird, den Besitz desselben an den Eigenthümer abzutreten, so wäre es unbillig, dem letztern ohne alle Entschädigung an den erstern die volle Weinlese zu gestatten.

§ 90.

[514]. Der bösgläubige Besitzer haftet auch für alle bezogenen, gleichviel ob noch vorhandenen oder konsumirten, sowie für diejenigen Früchte, welche der Berechtigte hätte beziehen können, wenn ihm nicht durch den bösgläubigen Besitzer der Genuß seiner Sache entzogen gewesen wäre.

1. Der bösgläubige Besitzer muß mit der Hauptsache alle vorhandenen Früchte (fructus exstantes) herausgeben; ferner für die konsumirten Früchte (fructus consumti), seien dieselben aufgebraucht oder veräußert worden, deren Werth vergüten, endlich für die zu beziehenden, wenn auch nicht bezogenen Früchte (fructus percipiendi) Ersatz leisten. Die Schätzung geschieht durch richterliches Ermessen. Als Maßstab ist im Zweifel der Marktpreis zur Zeit der ordentlichen Verkaufszeit anzunehmen, auch für die wirklich verkauften Früchte nicht nothwendig der erhaltene Verkaufspreis, denn es wäre ja möglich, daß der Besitzer zu unpassender Zeit die Früchte um einen Lumpenpreis verschleudert hätte. (Die Bestimmung des preuß. Landr. I. 17, § 226 und § 227 ist daher zu absolut.)

2. Der Berechtigte. Die Frage, ob die Früchte hätten bezogen werden sollen, ist aus dem Standpunkte des Berechtigten, nicht aus dem des Besitzers zu entscheiden. Sie durften jenem nicht entzogen und daher mußten sie für ihn bezogen werden. Papinianus in L. 62, § 1, de rei vind. (VI. 1); preuß. Landr. I. 17, § 229; österr. Ges. 335; Luzern 231 mit Modifikationen; Bern 359; Sachsen 308, 309; Graubünden 217; Aargau 446.

§ 91.

[515.] Auslagen kann der bösgläubige Besitzer insoweit in Abrechnung bringen, als dieselben nothwendige sind. Bloß nützliche oder verschönernde

Verwendungen kann er, wenn der Berechtigte es nicht vorzieht, dieselben gegen billige Entschädigung ihres noch vorhandenen Werthes zurückzubehalten, wegnehmen, soweit das ohne Schädigung der Sache möglich ist.

1. Mit mehr Ungunst wird der bösgläubige Besitzer behandelt. In der Regel darf er nur die nothwendigen Auslagen dem Eigenthümer anrechnen, eben weil dieselben durch das Bedürfniß der diesem zugehörigen Sache hervorgerufen und gerechtfertigt, gleichsam der Sache anhängen, nicht aber nützliche und Luxusausgaben, die er auf eigene Gefahr für sich gemacht hat. Er ist nicht berechtigt, dafür Ersatz zu fordern und damit die Herausgabe an den Eigenthümer zu hemmen oder zu belasten, aber er darf das Produkt seiner Verwendung wegnehmen (sogen. jus tollendi). Es wird aber dem Kläger die Befugniß gegeben, ihn sogar an dieser Wegnahme zu hindern durch billigen Ersatz des Werthes der Verbesserung oder Verschönerung.

§ 92.

[516.] Der gutgläubige und zugleich rechtmäßige Besitzer hat, insofern das seinem Besitze entsprechende Recht durch eine dingliche Klage geschützt wird, eine dieser nachgebildete dingliche Besitzrechtsklage gegen Jeden, welcher ihm ohne Recht den Besitz beeinträchtigt oder stört, oder ihm die Sache selbst vorenthält.

1. Der gutgläubige Besitzer, der zugleich einen tauglichen Rechtsgrund anzuführen vermag und daher auch rechtmäßiger Besitzer ist (§ 71) hat nicht bloß die den Interdikten entsprechenden Besitzesklagen, sondern insofern das seinem Besitz entsprechende Recht von dinglicher Natur ist und eine dingliche Klage erzeugt, eine derselben analoge, ebenfalls dingliche Besitzrechtsklage. Es ist das derselbe Gedanke, dem die Römer in der der rei vindicatio nachgebildeten actio Publiciana einen Ausdruck gegeben haben. Unter den Voraussetzungen dieser Klage (guter Glaube und auf Dinglichkeit gerichteter Rechtsgrund für den Besitzerwerb) erhebt sich der Besitz über die Sphäre der bloßen thatsächlichen Ordnung; und der Ansatz, der darin zu voller Rechtsbildung liegt, ist so deutlich schon zu erkennen, daß derselbe, bevor sein Wachsthum zum Recht vollendet ist, Dritten gegenüber schon als ein dem fertigen Rechte entsprechendes dingliches Besitzrecht, wie wenn es nicht mehr werdendes, sondern gewordenes Recht wäre, geschützt wird. So haben die Römer für ihre actio Publiciana, die dem Usucapienten zukam, die Usucapion als bereits vollendet supponirt.

2. Dieser nachgebildete. Der rechtmäßige Eigenthumsbesitzer hat daher eine der Eigenthumsklage nachgebildete Klage, der rechtmäßige Nießbrauchbesitzer eine Nießbrauchklage u. s. f. Diese Besitzrechtsklage ist natürlich auch für den wirklichen Eigenthümer, Nießbraucher u. s. f. anwendbar, indem es diesen oft leicht ist, den rechtmäßigen Besitz, aber schwer, das Recht selbst zu erweisen. Sie erreicht denselben Effekt, wie die Eigenthumsklage, nämlich die Herausgabe der Sache an den Kläger, und ist leichter durchzuführen, weil sie geringere Bedingungen hat. (Vgl. Z. V. 5.) Den praktischen Bedürfnissen und der von Delbrük nachgewiesenen Bedeutung der deutschrechtlichen dinglichen Klage entspricht es sogar, daß der Beweis des Titels (§ 76) nicht mit ängstlicher Strenge gefordert werde. Es genügt, wenn auch nur aus dem Zusammenhang der Umstände auf die Wahrscheinlichkeit eines Rechtstitels ge-

schlossen werden kann. Der Besitz für sich allein begründet zwar keine Vermuthung für den Titel, aber in Verbindung mit andern Umständen, welche für die Rechtmäßigkeit des Besitzes sprechen, ist derselbe doch als rechtmäßiger, nicht bloß als gutgläubiger Besitz aufzufassen.

3. Beeinträchtigt oder stört, oder die Sache selbst vorenthält. Die Besitzrechtsklage dient ebenso, um gegen relative und theilweise Besitzstörungen wie gegen den Besitzentzug anzukämpfen. Es gibt also auch eine der Negatorienklage des Eigenthümers analoge Besitzrechtsklage. Diese Klagen werden übrigens nicht in Form des Befehlverfahrens, sondern auf dem Wege des ordentlichen Prozesses erledigt.

4. Diese Besitzrechtsklage ist von der Praxis auch demjenigen zuerkannt worden, welchem auf Grund eines gültigen Rechtsgeschäftes ein Grundstück übergeben, aber nicht notarialisch zugefertigt worden ist, analog der Klage des Empfängers eines bloß tradirten, nicht mancipirten italischen Grundstückes im altrömischen Recht. So wurde ihm z. B. die Vertretung der Interessen des Grundstückes gegenüber einem Projekte eines Wasserwerkes gestattet (Z. IX, 260 Nro. 27), so eine Bauinhibition (Z. VIII, 60 Erw. 2.) Ja sein Besitzrecht wird auch gegenüber dem notarialischen Eigenthümer selbst, der ihm das Grundstück verkauft und übergeben, aber noch nicht zugefertigt hat, geschützt, wie er in Rom bei fehlender Mancipation die exceptio rei venditae ac traditae erhielt; s. § 93; und dieser Schutz wird, wie in Rom, auch dem Universalsuccessor des Käufers und gegenüber dem Universalsuccessor des Verkäufers gegeben; vgl. die zahlreichen in U. Nro. 727, 729, 2900 und 2901 angeführten Urtheile und die Abhandlung von Fr. v. Wyß über notarialisches Eigenthum und rechtlich geschützten Besitz an Grundstücken in Z. XIV, 260 u. ff. Dagegen ist ein solcher Schutz dem Singularsuccessor des Verkäufers gegenüber versagt worden. (Z. XXIV, 390.)

§ 93.

[517.] Hat der Beklagte ein gleiches oder besseres Besitzrecht an der Sache, so ist die Klage ihm gegenüber insoweit unwirksam, als nicht hinwieder der Kläger besondere (dingliche oder vertragsmäßige) Beschränkungen jenes gleichen oder bessern Besitzrechtes herzustellen vermag.

1. Die Besitzrechtsklage des rechtmäßigen Besitzers wirkt nicht
   a. gegen einen Beklagten, der ebenfalls rechtmäßigen Besitz hat; denn wenn beide gleiche Ansprüche auf Schutz haben, so ist kein Grund, dem einen die Sache zu nehmen und sie dem andern zu geben. Sprichwort: beati possidentes! Auch der Umstand macht den Besitz des Klägers nicht zu einem besseren, daß er denselben früher als der Beklagte erworben, wenn jeder von beiden einen andern Gewährsmann (auctor) hat. Vgl. L. 9, § 4 de Public. act, (VI. 2);
   b. gegen den Eigenthümer (exceptio dominii) oder einen andern besser Berechtigten, der im Besitz ist. (Vgl. Z. I. 407 ff.)

2. Beschränkungen. Z. B. A hat ein Gemälde, das dem B gehört, an C verkauft und übergeben. C verliert den Besitz an A, der seither Erbe des B geworden ist und nun stellt C die Besitzrechtsklage gegen A an, und dieser stellt ihm die Einrede

des Eigenthums entgegen. Da kann C die Einrede durch die Berufung auf den Vertrag mit A oder auf den Dolus des A beseitigen. Ulpianus in L. 72 de rei vind. (VI. 1). Ferner: Wenn durch die Wiese des A eine Wasserleitung zu Gunsten einer Mühle geführt ist, die im rechtmäßigen Besitz des B ist, so kann B gegen Vorkehrungen des A, durch welche er dieselbe stört, aus seinem rechtmäßigen Besitz klagen, ungeachtet A Eigenthümer der Mühle ist. Endlich: A hat eine Wiese an B verkauft und tradirt und geräth nachher in Konkurs. B hat die Besitzrechtsklage und wenn die Konkursmasse mit Rücksicht auf die mangelnde Fertigung die Einrede des Eigenthums entgegensetzt, so hat A dagegen die Replik der vertragsmäßigen Uebergabe (replicatio rei venditæ ac traditæ). Ebenso in den Fällen des § 92, 4.: A hat ein Grundstück von B gekauft und den Kauf angetreten, ohne daß ihm dasselbe notarialisch zugefertigt worden wäre; nach dem Tode des B nimmt dessen Erbe es in Besitz; A hebt gegen ihn die Besitzrechtsklage an; B wendet ein, daß er ja Eigenthümer sei, und A replicirt, daß ihm die Sache verkauft und übergeben worden.

§ 94.

[518.] Diese Klage dient auch zum Schutze des ideellen Besitzrechtes, z. B. des Erben (§ 69) und nicht bloß bei Störungen des reellen Besitzrechtes.

1. Vgl. § 122, 2 Wenn B in gutem Glauben, daß er gesetzlicher Erbe des A sei, die Erbschaft übernommen hat, so kann er auch auf Herausgabe der zu derselben gehörigen, im Besitz Dritter befindlichen Sachen klagen.

§ 95.

[519.] Die Besitzrechtsklage unterliegt denselben Beschränkungen wie die Klage für das entsprechende Recht selbst.

1. Z. B. Der Servitutenbesitzer kann nur die im besessenen Rechte auf Dienstbarkeit liegenden Befugnisse, also auch der Nießbraucher nur die im Nießbrauch enthaltenen Gebrauchs- und Nutzungsrechte mit der Klage schützen.

2. So kann auch der rechtmäßige Eigenthumsbesitzer die Besitzrechtsklage insoweit nicht mit Erfolg anstellen, als auch die Eigenthumsklage (Vindikation) selbst nicht mit Erfolg angestellt werden könnte, also nicht gegenüber dem gutgläubigen Erwerber, ausgenommen bei gestohlenen oder verlorenen Sachen, nach schweiz. OR. Art. 205, und bei diesen nur fünf Jahre lang, und nur gegen Vergütung im Falle des Art. 206 daselbst; ferner gar nicht in den Fällen des Art. 208 daselbst.

C. Verlust des Besitzes.

§ 96.

[520.] Der Besitz wird in der Regel verloren, wenn entweder die Möglichkeit der Aeußerung körperlicher Macht über die Sache oder der Wille, diese Macht in eigenem Interesse zu üben, aufhört.

1. Da der Besitz aus einer Verbindung eines körperlichen und eines geistigen Momentes (corpus et animus) besteht (§ 64), so muß die Ausscheidung des einen oder andern auch den Besitz regelmäßig auflösen und deren Zerstörung den Besitz aufheben.

2. Die Möglichkeit. Bloßes Verlegen der Sache oder Vergessen des Ortes, wo sie gerade liegt, hebt den Besitz nicht auf, noch auch die bloße Abwesenheit des Besitzers. (§ 97.)

3. Der Wille aufhört. Nach gemeinem Rechte genügt zu dieser Aufhebung auch nicht der bloße Wegfall des animus possidendi, z. B. durch eingetretenen Wahnsinn des Besitzers oder Vergessen der Existenz der Sache; es bedarf dazu vielmehr des animus non amplius possidendi, des Willens nicht mehr zu besitzen, contrarius animus. Nach dem Wortlaute des Paragraphen könnte es scheinen, daß das nach dem zürcherischen Rechte anders wäre; indessen ist doch nicht anzunehmen, daß derselbe sich in Widerspruch mit dem gemeinen Rechte habe setzen wollen; dafür spricht § 98 und die Ausführung von Bluntschli selbst in § 98, 2. Besser sagt Sachsen 211: „Der Verlust des Besitzes tritt ein mit dem Aufhören der Macht über die Sache und mit der Bethätigung des Willens, den Besitz aufzugeben".

§ 97.

[521.] Insbesondere tritt der erstere Fall ein, wenn die besessene Sache selbst untergeht oder dauernd verloren oder von einem Anderen dem Besitzer entzogen und vorenthalten wird.

1. Das ist im Gegensatz zu den Fällen § 96 3 der Fall des contrarium corpus.

2. Untergeht, z. B. durch Feuer. Wem indessen ein silberner Becher geschmolzen wird, so läßt sich der Besitz an dem Stoffe wohl noch erhalten.

3. Dauernd verloren. Wer z. B. einen Ring in die Tiefe des Sees fallen läßt, hat den Besitz daran verloren, gesetzt auch, er sollte so glücklich sein, daß ihm später ein Fischer sein Eigenthum zurückbringt. Wem dagegen nahe am Ufer an einer zugänglichen Stelle ein Koffer ins Wasser fällt und versinkt, der hat den Besitz nicht sofort eingebüßt, da er noch nahe liegende Mittel hat, den Koffer wieder herausholen zu lassen; so wenig wie der, welcher im Walde ein Nastuch hat liegen lassen, das er leicht wieder finden und holen kann. Wer dagegen nicht weiß, wo er sein Messer hat liegen lassen, der hat in der Regel auch den Besitz daran verloren, es wäre denn, daß dasselbe gegen seine Erwartung in seiner Wohnung aufbewahrt läge, denn der Besitz der Wohnung zieht den Besitz der darin befindlichen Sache nach sich. (§ 68.)

4. Entzogen und vorenthalten. Z. B. durch Diebstahl oder Unterschlagung, aber auch ohne solches Vergehen.

§ 98.

[524.] Die bloße Abwesenheit des Besitzers oder die eingetretene Unfähigkeit desselben, Besitz zu erwerben, heben den bereits erworbenen Besitz nicht auf.

1. Die Abwesenheit suspendirt höchstens die Möglichkeit sofortiger körperlicher Einwirkung auf die Sache, sie hebt dieselbe nicht auf. Der Abwesende kann ja heimkommen und Herrschaft üben, oder er kann dieselbe durch Stellvertreter und Angehörige üben lassen, und der Gewahrsam, in dem die Sache sich befindet, hält überdem auch hier den Besitz fest. (§ 68.)

2. Unfähigkeit. Z. B. Der Besitzer wird wahnsinnig. Der bloße Mangel an Willen hebt den Besitz nicht auf, sondern der entgegengesetzte Wille, den Besitz an der Sache aufzugeben. (Vgl. § 96, 3.)

§ 99.

[522.] Der Besitz an wilden Thieren dauert nur so lange, als sie in dem Gewahrsam des Besitzers verbleiben, oder auch ohne verwahrt zu sein, der körperlichen Gewalt desselben unterworfen sind.

Gezähmte Thiere werden so lange den zahmen Thieren gleich behandelt, als sie in den Gewahrsam des Besitzers zurückzukehren pflegen.

1. „Zahme Thiere werden besessen wie alle anderen beweglichen Sachen, d. h. ihr Besitz hört auf, wenn sie nicht wieder gefunden werden können." (v. Savigny Bes. § 31).

2. Der Ausdruck wilde Thiere bildet nach dem juristischen Sprachgebrauch den Gegensatz zu den Hausthieren, welche in eine nähere Verbindung mit dem Menschen und seiner Wirthschaft gerathen und daher auch in höherm Grade von dem Menschen angeignet worden sind. Die Fische werden durchweg zu jenen gerechnet, aber auch die Singvögel regelmäßig.

3. Gewahrsam. Z. B. Vögel im Käfig, vierfüßiges Wild in einem Zwinger oder Park, Fische in einem Fischkasten, Teich oder Springbrunnen. Sobald das Wild sich dem Gewahrsam oder der körperlichen Gewalt des Besitzers entzieht und seine natürliche Freiheit wieder gewinnt, so ist auch der Besitz an demselben verloren. Wird dasselbe aber unmittelbar verfolgt und erscheint es noch möglich, dasselbe sofort wieder zu fangen, — z. B. ein Affe entläuft seiner Haft, aber der Herr folgt ihm nach und sucht seiner wieder habhaft zu werden, — so ist eben noch nicht entschieden, ob jener wirklich der Gewalt des Herrn entkommen sei, und in diesem zweifelhaften Zustande ist daher auch der Verlust des Besitzes noch nicht gewiß.

4. Gezähmte Thiere. Es sind das solche, die zwar der Gattung und Art nach, zu der sie gehören, nicht als Hausthiere angesehen werden, sondern in der Regel in wilder Freiheit leben, die aber individuell der Zucht des Menschen unterwürfig gemacht worden sind. Sie werden den zahmen Thieren so lange gleich behandelt, als sie sich dem Menschen folgsam erweisen. Das Kriterium liegt in der Rückkehr zu dem Herrn oder seiner Wohnung. Laufen sie fort, ohne zurückzukehren, so wird angenommen, sie seien in die angeborene wilde Freiheit zurückgefallen. Die Römer rechnen z. B. die Tauben und Pfauen hieher, nicht aber Haushühner und Gänse (Gajus in L. 5, § 5, § 6 de adquir. rer. dom. XLI. 1), das Obergericht Schwäne (Z. XXI, 348 Nro. 21). Im Zweifel ist die neuere Rechtsbildung eher geneigt, den Besitz des Menschen an den Thieren in ausgedehntem Maße zu schützen.

§ 100.

[523.] Den weggeflogenen Bienenschwarm kann der Besitzer binnen drei Tagen nach dem Ausfluge verfolgen, und was er davon wieder in seine Macht bringt, wird als fortwährend in seinem Besitze geblieben angenommen.

1. Diesen Grundsatz hat schon im Interesse der Bienenkultur das altgermanische Recht anerkannt. Es ist das ein weiterer Schutz des Besitzes, als das römische Recht denselben zuläßt; denn die Biene gehört zunächst zum „Wild". Der nachfolgende Besitzer (oder Eigenthümer) darf auch, wenn sich der Schwarm in einem fremden Garten oder Wald niederläßt, denselben doch dahin verfolgen und mit Vorwissen des betreffenden Grundbesitzers die üblichen Versuche machen, der Bienen wieder habhaft zu werden. So weit ihm das gelingt, hat er seinen Besitz behauptet. Läßt sich aber der Schwarm innerhalb der drei Tage nicht fangen, sondern verbleibt auf fremdem Boden, so hat jener den Besitz daran verloren, und es steht dem Grundbesitzer frei, sich die Bienen anzueignen.

§ 101.

[525.] Damit der Besitz an einem Grundstücke verloren werde, genügt es nicht, daß ein Anderer sich desselben bemächtige, sondern es muß hier der bisherige Besitzer von dieser Veränderung Kenntniß erhalten und versäumt haben, diese Herrschaft des Anderen ohne Verzug zu beseitigen.

1. Dieser Satz ist ein Erzeugniß der römischen Jurisprudenz (Papinian in L. 46 de poss. XLI. 2), paßt aber vortrefflich zu dem sonst von dem römischen Recht weniger als von dem deutschen beachteten Gegensatz der beweglichen und der unbeweglichen Sachen und zu den praktischen Interessen des Besitzers. Selbst die thatsächliche Herrschaft über Grundstücke hat einen festeren, weniger veränderlichen Charakter als die über bewegliche Sachen, die leicht von Hand zu Hand gehen und dadurch der Herrschaft des einen völlig entrückt und der des andern unterworfen werden. So lange die Möglichkeit vorliegt, daß der bisherige Grundbesitzer auf seine Felder kommen und jede angemaßte Herrschaft eines Andern beseitigen könne, sobald er davon Kenntniß erhalten, hat weder Dieser trotz der momentanen Eigenmacht das Gefühl des eigenen Besitzes bekommen, noch Jener das seiner wirklichen Herrschaft verlieren können. — Wenn das österr. Gesetz § 349 und ihm folgend das Luzerner § 238 den Besitz von unbeweglichen Sachen durch Eintragung der Veränderung im Grundprotokoll untergehen läßt, so beruht das auf einer Verwechslung des Besitzes mit dinglichem Recht. Vorsichtiger ist die Redaktion des Berner Ges. in diesem Punkt. S. 375. Mit dem zürch. Gesetz übereinstimmend Sachsen § 214.

§ 102.

[526.] Fängt der Besitzer an, statt den Besitz im eigenen Interesse fortzusetzen, für einen Anderen zu besitzen, so hat er seinen Besitz dadurch aufgegeben.

1. Hiefür ist maßgebend Art. 202 des schweiz. OR.

2. Es ist das das sogenannte Constitutum possessorium, ein Fall des Besitzerwerbes durch Stellvertreter. Z. B. Ein Einkaufskommissionär kauft eine Partie Waare im Interesse zweier Kommittenten und empfängt dieselbe erst zu eigenem Besitz, theilt sie dann aber ab und fängt nun an, die eine Hälfte für den einen Auftraggeber, die andere für den andern zu besitzen. Oder A kauft in einem Magazin Tuch, läßt dasselbe zerschneiden, bittet aber den Tuchhändler B, die Waare einstweilen für ihn noch aufzubewahren. Da hört B auf für sich und fängt an als Depositar für den A zu besitzen. — Aus dem Kaufvertrag allein aber über Waaren, die in dem Besitze des Verkäufers sind, ist noch nicht auf eine Besitzesübertragung an den Käufer zu schließen. Der Verkäufer hat sich nur verpflichtet, die Waare in Zukunft zu übertragen, aber die Uebernahme dieser Verpflichtung ist noch nicht Vollzug derselben. Sogar wenn die Waare ausgeschieden und zur Versendung verpackt und adressirt wird, ist daraus nicht nothwendig auf eine Aenderung im Besitzstande zu schließen. Das Alles kann zur Vorbereitung der späteren Uebergabe geschehen sein und der Verkäufer seinen Besitz trotzdem festhalten wollen, z. B. bis er für die Zahlung befriedigt ist. (Z. XXI, 166 Erw. 5.)

§ 103.

[527.] Ebenso geht für ihn der Besitz unter, wenn er auf denselben Verzicht leistet, auch wenn kein anderer denselben erwirbt.

1. Der Verzicht muß sich geäußert haben sei es in thatsächlichem Aufgeben der Sache, — der Besitzer wirft die bewegliche Sache weg, wo denn der Verlust der realen Herrschaft mit der Umwandlung des Willens gewöhnlich zusammenfällt, — oder sei es in einem unzweideutigen Ausdruck der Entsagung, womit zwar ein bloßes Innehaben noch bestehen kann, in der Regel aber nur dann, wenn der Besitzer anfängt, als Stellvertreter eines Andern den Besitz auszuüben.

§ 104.

[528.] Der Besitz wird auch durch einen Stellvertreter des Besitzers für diesen verloren, wenn jener denselben an einen Anderen überträgt oder dem Vertretenen widerrechtlich vorenthält, nicht aber ohne Weiteres durch bloße Verzichtleistung des ersteren.

1. Wie der Besitz durch einen Stellvertreter erworben wird, so kann er auch durch einen Stellvertreter verloren werden:

a. Wenn der Stellvertreter — gleichviel ob in eigenem Namen oder im Namen des Besitzers — den Besitz der Sache auf einen dritten überträgt; z. B. der Vormund verkauft und übergibt Sachen des Mündels, oder ein Geschäftsführer Waaren des Prinzipals. Indem der Besitz von dem Dritten erworben wird, geht er für den früheren Besitzer verloren. Dieser Fall fällt unter Art. 201 des schweiz. OR.

Der Besitz geht aber auch dann unter, wenn der Stellvertreter, z. B. eine Dienstmagd, die Sache verliert, oder sie ihm entwendet oder geraubt

wird. Die letzteren Fälle sind im Gesetz nicht erwähnt, da dasselbe zunächst nur die Fälle heraushebt, in denen der Stellvertreter den Verlust des Besitzes durch seine Handlungsweise herbeiführen will.

b. An den Stellvertreter selbst wird der Besitz verloren, wenn dieser seine bisher dienende Stellung ändert und sich für sich der Sache bemächtigt z. B. der Depositar weigert die Herausgabe, indem er sich als Eigenthümer benimmt. Das kann auch mit dem Willen des bisherigen Besitzers geschehen; es liegt dann darin eine unter dem schweiz. OR. Art. 201 liegende Besitzesübertragung, sogen. brevi manu traditio, das Gegenstück zum constitutum possessorium § 102, 2.

Wenn dagegen der Stellvertreter die Rückgabe der Sache nur so lange verweigert, bis ihm die auf die Sache gemachten Verwendungen ersetzt seien, so anerkennt er, daß er nur für den Anderen die Sache verwahre, und macht auf eigenen Besitz keinen Anspruch. (Papinianus in L. 47 de possess. XLI. 2.) Bei Grundstücken ist auch hier die Beschränkung des § 101 zu beachten. Dagegen an beweglichen Sachen kann der Vertretene so den Besitz durch Untreue des Stellvertreters eingebüßt haben, bevor er darum weiß.

2. Nicht aber durch bloße Verzichtleistung des Stellvertreters. Wenn der Stellvertreter auf den Besitz verzichtet, so heißt das nur, er wolle denselben nicht ferner für den Vertretenen ausüben und bewahren. Daraus folgt aber noch nicht, daß dieser ihn nicht selber fortsetzen könne. Es wird somit in solchen Fällen der Verlust des Besitzes nach der Person des Vertretenen, nicht nach der des Vertreters beurtheilt. In diesem Sinne ist die Frage durch die Gesetzgebung Justinians (c. 12 C. de adq. poss. VII. 32) entschieden worden.

D. Besitz von Rechten.

§ 105.

[529.] Der Besitz von Dienstbarkeiten (Servituten) oder anderen Realrechten, welche sich zwar nicht in thatsächlicher Herrschaft über eine Sache, aber in thatsächlicher und bewußter Ausübung des entsprechenden Rechtes äußert, wird ähnlich wie der Sachenbesitz sowohl durch das Befehlsverfahren als durch Besitzrechtsklagen geschützt.

1. Im weitesten Sinne reicht der Begriff so weit als der des Rechts; denn es geht eine thatsächliche Ordnung parallel der Rechtsordnung. Aber erst spät und nur allmälig hat sich das Bedürfniß fühlbar gemacht, den Besitz auch da zu schützen, wo er nicht als Sachenbesitz (vgl. § 64, 1) aufgefaßt werden kann, zuerst im Verhältniß zu andern dinglichen Rechten. Die Römer haben das nur in Form einer juris quasi possessio und nur in beschränkten Grenzen gewagt. Die neuere Rechtsbildung pflegt hier auf Grundlage der kanonischen Spolienlehre von Rechtenbesitz zu sprechen und denselben in weiterem Kreise zuzulassen. Unser Gesetz will hier den Begriff des Besitzes nicht abschließen, aber auch nicht der weitern Entwicklung der Wissenschaft und Praxis

vorgreifen. Es läßt sich z. B. auch ein Besitz von Familien- und Standesrechten, des Autorrechtes u. s. f. denken, der zunächst auch als thatsächliche Ordnung geschützt wird.

2. Dienstbarkeiten. Z. B. Das Recht auf Holznutzungen aus einem Wald, ohne Innehaben des Waldes, das Recht, Wasser bei einem Brunnen zu holen, das Recht, daß der Nachbar nicht höher bauen dürfe u. dgl. (Vgl. § 66, 1.)

3. Realrechten. Z. B. Zehntrechte, Grundzinsrechte. Ist von einem Grundstück in beharrlicher Folge Zehnten oder Grundzins entrichtet worden, so ergibt sich daraus der Besitz dieses Realrechtes auf Seite des Zehnt- oder Zinsherrn. Wenn dagegen nur ein einzelner Zins vielleicht aus Versehen bezahlt worden ist, so steht der Rückforderung nicht ebenso der Besitz des Realrechtes selbst im Wege, auf welchen aus der einmaligen oder selbst einer wiederholten irrthümlichen Zahlung nicht ohne weiters geschlossen werden kann. Eine analoge Anwendung, die freilich über den Bereich der dinglichen Rechte hinausgreift, zeigt sich in folgendem Verhältniß. Die Bezeichnung der für eine grundversicherte Forderung haftenden Liegenschaften in alten Schuldbriefen ist im Laufe der Zeit unverständlich geworden und der Schuldner sucht sich auf einmal zu verbergen. Ergibt sich nun, daß das Kapital seit vielen Jahren von dem Besitzer eines bestimmten Grundstückes verzinset worden, so ist darauf zu schließen, daß dieses Grundstück dafür hafte, und im Zweifel auch, daß dem Besitzer desselben die Schuld überbunden worden sei, und das thatsächliche Verhältniß, bis zur Ermittlung anderer Rechtsbeziehungen, einstweilen zu schützen (S. II. Nro. 737.)

4. Befehlsverfahren oder Besitzrechtsklagen; jenes vorzüglich bei den Servituten, um eine Störung zu hemmen oder zu entfernen (s. §§ 77—84, vgl. Z. VIII, 63, Nro. 42, ferner die Entscheidungen bei II. 719, 734, 735); dieses eher bei den Realrechten (s. §§ 92—95.)

5. Ein solcher Rechtsbesitz kann namentlich auch im Besitze von ständigen Vorrichtungen liegen, welche zur Ausübung der entsprechenden Rechte zu dienen pflegen, wie Dachtraufen, Kloaken. Dagegen ist in der Existenz einer auf der Grenze zweier Grundstücke gelegenen auf der einen Seite verschließbaren Thüre kein Besitz eines Wegrechts des auf der andern gelegenen Grundstückes gefunden worden, obgleich von diesem aus durch dieselbe bisweilen über den Boden des Nachbars gegangen worden war. (Z. XIII, 247, Nro. 31.)

6. Wenn auch nach § 84 das possessorische Rechtsmittel verjährt ist, so kann für die petitorische Servitutenklage doch nichts desto weniger zur Handhabung klaren Rechtes das Befehlsverfahren eingeschlagen werden. (Z. IV, 185 Nro. 38.)

§ 106.

[530.] Der Besitz von negativen Dienstbarkeiten, d. h. solchen, welche in einem Unterlassen des belasteten Grundeigenthümers bestehen, wird in Ermanglung eines auf Besitzerwerb gerichteten Rechtstitels nicht schon durch das bloße Nichtthun des angeblich Verpflichteten, sondern erst dann erworben, wenn der Besitzer eine dem Inhalte der Servitut widersprechende Handlung des Anderen gehemmt hat.

1. Negativen Dienstbarkeiten, d. h. solchen, kraft deren der Eigenthümer des belasteten Grundstücks etwas mit dem letzteren nicht vornehmen darf, was er sonst

als Eigenthümer vornehmen dürfte, quæ in non faciendo consistunt; z. B. daß er nicht bauen, nicht pflanzen, ein bestimmtes Gewerbe nicht treiben darf. In der Regel bedürfen diese Dienstbarkeiten aber in Zukunft zu ihrer Entstehung der Eintragung in das Grundbuch, § 242 ff. Es läßt sich aber ein Besitz auch vor der Eintragung denken, der eines provisorischen Schutzes gegen eigenmächtige Störung von Seite des Besitzers des dienenden Grundstücks würdig ist. Diesem steht aber die Negatorienklage immer offen, womit er unbegründete Ansprüche des unberechtigten Servitutenbesitzers zurückweisen und auch die thatsächliche Freiheit des Eigenthums herstellen kann.

2. Handlung gehemmt hat. Z. B. der Nachbar hat zu bauen oder zu pflanzen versucht und der Besitzer der Dienstbarkeit es ihm untersagen lassen, wobei sich der erstere beruhigt hat.

3. Diesem Falle ist der wohl gleichzustellen, wo der Besitzer eine sonst in seiner Befugniß liegende thatsächliche Verfügung über sein Grundstück jeweilen nur nach eingeholter Bewilligung des Besitzers des andern Grundstückes vorgenommen hat.

4. Dagegen liegt keineswegs im Nichthemmen der Handlung eines Andern, welche in der Regel nur beim Vorhandensein einer negativen Dienstbarkeit geschieht, nothwendig der Besitz der letzteren; z. B. wenn ich auch nicht gehindert habe, daß der Nachbar in seinem Hause Fenster ausbrach, so besitzt er damit noch keineswegs die Berechtigung, daß diese Fenster nicht verbaut werden dürfen. (Z. XVI, 270, vgl. Seuffert Archiv II, 139, VI, 15; XIV, 13.)

§ 107.

[531.] Ist das entsprechende Recht der Art, daß die Ausübung desselben sich in Handlungen äußert, welche nur von Zeit zu Zeit vorgenommen werden, z. B. in Benutzung eines Weges oder in Bezahlung eines Grundzinses, so bedarf es zum Nachweise des Besitzes einer kleineren oder größereren Zahl solcher Handlungen, je nachdem aus den übrigen Umständen leichter oder weniger leicht auf die dem Rechtsverhältnisse entsprechende Gesinnung der Betheiligten geschlossen werden kann.

1. Dieser Paragraph enthält eine absichtlich weit gefaßte Interpretationsregel. Man muß sich vor bloß formellen Vorschriften in diesen unendlich mannigfaltigen Erscheinungen hüten. Unter Umständen kann sogar der Nachweis einer einzigen Handlung genügen, unter andern nicht der von zehn und zwanzig. Z. B. es wird nachgewiesen, daß vor fünfzig Jahren das Holz der damals abgeschlagenen Hochwaldung, für die es keinen andern Ausweg gibt, durch eine Reihe von Gütern abgeführt worden sei: da kann, wenn für eine andere Auslegung dieser auffallenden und beschwerlichen Handlung keine Gründe vorhanden sind, wohl auf den Besitz einer alten Dienstbarkeit geschlossen werden, nicht aber aus hundertmaligem Gehen eines Nachbars durch einen fremden eingehägten und mit Thüren versehenen Garten auf eine Dienstbarkeit des Gartenbesitzers. Im letztern Falle liegt es sehr nahe, auf nachbarliche aber freiwillige Gefälligkeit, nicht auf Besitz eines Rechtes, zu schließen (s. Z. XIII, 247, Nro. 31).

Dritter Abschnitt.

Von dem Eigenthum.

Erstes Kapitel.

Rechte des Eigenthümers.

§ 108.

[551.] Das Eigenthum ist die volle und ausschließliche rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache.

Dasselbe kann zustehen entweder einer Person allein (Alleineigenthum) oder mehreren Personen zu ideellen Theilen (Miteigenthum).

1. Die Kommission berichtet an den Regierungsrath:

„Das Buch über das Sachenrecht hatte bis dahin in den beiden ersten Abschnitten von den Sachen und dem Besitz gehandelt und war dann im 3. Abschnitte unmittelbar auf das Eigenthum an Liegenschaften, im vierten auf das Eigenthum an beweglichen Sachen übergegangen; gemeinsame Bestimmungen über das Eigenthum an beweglichen und unbeweglichen Sachen waren nicht getroffen, und so mußten z. B. die Vorschriften über das Miteigenthum, welche nur für die letzteren aufgestellt waren, bis dahin bloß analog auf die ersteren angewendet werden. (Vgl. Z. XI, 70 Erw. 2.) Statt dessen hat nun die Kommission den obgenannten beiden ersten Abschnitten dieses Buches einen dritten hinzugefügt, welcher alle Bestimmungen über das Eigenthum enthält, und diesen wieder in 3 Kapitel eingetheilt, von denen das erste die Rechte des Eigenthümers überhaupt, namentlich auch die sämmtlichen Bestimmungen über das Miteigenthum enthält, der zweite vom Eigenthum an Liegenschaften, der dritte vom Eigenthum an beweglichen Sachen handelt. In Folge dessen sind denn auch die bisherigen §§ 1379—82 im Obligationenrechte gestrichen worden."

Der beleuchtende Bericht an das Volk wiederholt diese Bemerkungen und fügt denselben bei:

„Ebenso wurden die Bestimmungen über das Gesammteigenthum gestrichen, weil dieselben praktisch neben dem Miteigenthum entbehrlich erschienen und wohl auch der Begriff des Gesammteigenthums als von der Wissenschaft aufgegeben bezeichnet werden darf."

2. Wie der Besitz die bloß thatsächliche, so ist das Eigenthum die rechtliche Herrschaft.

3. Eine körperliche Sache. So nach dem Muster des römischen Rechtes. Es gibt demnach richtig gesprochen kein Eigenthum an einer Forderung nach zürcherischem, wie nach römischem Rechte.

4. Zu ideellen Theilen, Quoten, also Hälfte, Drittel u. s. w. ohne lokale (reelle) Theilung der Sache selbst, so daß also z. B. bei einem Grundstücke nicht etwa die östliche Hälfte als dem A, die westliche als dem B gehörig gedacht wird, sondern das ganze Grundstück als Beiden zusammen gehörend erscheint.

5. Miteigenthum. Es entsteht sowohl in Folge von Gesellschaftsverbindung zweier oder mehrerer Individuen, welche sich jeder zu einem bestimmten Theile bei dem Vermögenserwerb betheiligen, als von Rechtswegen, z. B. wenn mehrere Erben neben einander in die Verlassenschaft ihres Erblassers eintreten. Ist die Einigung mehrerer Individuen bis zu voller und ausschließlicher Einheit einer juristischen Person im engern Sinne gesteigert, z. B. die Bürgerschaft einer Stadt, so haben die Einzelnen keinen Antheil mehr an dem Eigenthum, welches nun ausschließlich dieser Person (der Stadt) gehört.

6. Das Verhältniß mehrerer Antheilhaber an einem Brunnen wird im Zweifel als Miteigenthum aufgefaßt (Z. IX, 264, Nro. 29), ebenso dasjenige der Antheilhaber an einem Landungs- und Ablageplatz (Z. VIII, 372, vgl. OG. 1860, S. 16.)

7. Insbesondere stehen die Flur- und Feldwege nach § 31 des Flurgesetzes (Off. S. XII, 671) im Miteigenthum aller derjenigen Grundeigenthümer, für deren Grundstücke sie bestimmt sind.

§ 109.

[555.] Der Miteigenthümer ist berechtigt, über seinen Theil frei zu verfügen, denselben zu veräußern oder zu verpfänden.

1. Z. B. Zwei Individuen A und B haben gemeinschaftlich einen Brunnen gekauft. Da kann A seinen Antheil an demselben einseitig verkaufen und zufertigen oder in einem Schuldbrief verpfänden, ohne daß der B ihn daran hindern kann.

2. Ueber seinen Theil, aber nicht etwa über einen reellen Theil des Grundstückes, s. § 108, 4, und ebenso wenig in irgend einer Weise über das Ganze. Ein Miteigenthümer, dem ein Drittel eines Hauses zusteht, kann also nicht ohne den Willen der andern Miteigenthümer das Haus oder auch nur ein Stockwerk desselben vermiethen oder eine Miethe kündigen (U. 775) oder die Liegenschaften mit einer Dienstbarkeit belasten (Z. XVIII), 59, Nro. 24.)

3. Das sächsische Gesetzbuch § 328 sagt: „Die ideellen Antheile der Miteigenthümer sind im Zweifel als gleich groß anzunehmen.“ Das gilt gewiß auch bei uns.

4. Verfügen, also auch sein Recht daran gerichtlich zu verfolgen. (Sachsen § 329.)

§ 110.

[556.] Der Miteigenthümer darf die im Miteigenthum befindliche Sache insoweit frei benutzen, als dadurch die Mitbenutzung der übrigen Miteigenthümer nicht beinträchtigt wird, und sich die Früchte derselben nach Verhältniß seines Antheiles aneignen.

1. Weil von zwei oder mehreren Miteigenthümern jeder seinen Eigenwillen hat und geltend zu machen befugt ist, so können dieselben leicht miteinander in Zwiespalt gerathen. Nicht immer erhält dann der negirende Antheiler Recht. So weit die Sache ihrem natürlichen Bestand nach eine gemeinsame Benutzung zuläßt, darf keiner den andern daran hindern. Z. B. A darf den B nicht hindern, von den reifen Früchten des gemeinsamen Gartens seine Hälfte einzusammeln; aber B auch den A nicht, daß er auf die seinigen verzichte oder sie einem Dritten überlasse. Oder: Auf dem gemeinsamen Hofraum darf der Eine Holz spalten, wenn es die Andern nicht beeinträchtigt (Z. VIII, 64, Nro. 43.) Die Gebrüder R besaßen gemeinsam mit A und B eine Weintrotte und benutzten dieselbe, um Brennholz zu spalten und aufzubewahren. Die Einsprache machenden Miteigenthümer wurden abgewiesen, weil durch jene Benutzungsweise des freien Raumes in der Trotte die Mitbenutzung durch A und B nicht gehindert werde. (Z. I, 194, vgl. Z. VII, 396.)

2. Ueber die Benutzung einer gemeinsamen Tenne s. Z. X, 60, eines gemeinsamen Brunnens, Z. IX, 27. Für gemeinsame Scheidemauern gelten die §§ 179 und 180.

3. Ein Flurweg darf nicht zum Führen von Kies benutzt werden. (Z. XVI, 247, Nro. 42.)

§ 111.

[557—559.] Der Miteigenthümer ist verpflichtet, nach Verhältniß seines Antheiles zu denjenigen Auslagen und Vorkehrungen, welche zur Erhaltung der gemeinsamen Sache nothwendig sind, beizutragen und die auf derselben ruhenden Lasten tragen zu helfen.

Erfüllt er diese Verflichtung nicht, so hat jeder der übrigen Miteigenthümer das Recht, Abtretung des Miteigenthums des ersteren gegen angemessene Entschädigung zu begehren.

1. Lasten z. B. an die Zinse der darauf haftenden Kapitalien, und an diese selbst hat jeder Miteigenthümer den andern gegenüber nach Verhältniß seines Antheils beizutragen. Das Grundstück haftet aber dem Gläubiger für die ganze Schuld. (Vgl. Sachsen, § 335.)

2. Die Gemeinschaft des Miteigenthums erzeugt, auch wenn unter den Antheilern kein Vertrag darüber geschlossen worden, obligatorische Verhältnisse. Jeder wird um der gemeinsamen Beziehung willen zu der Sache dem Andern verbunden, daß er den Bestand derselben erhalten helfe, also z. B. die nöthigen Reparaturen an dem gemeinsamen Haus nach Verhältniß seines Antheils vornehmen lasse und bezahle, die Kulturkosten für die Aecker mitübernehme u. s. f.

3. „Jeder Miteigenthümer ist befugt, auch ohne Zustimmung der andern an der gemeinsamen Sache dasjenige vorzunehmen, was zur Erhaltung und zum zweckmäßigen Gebrauche der Sache dient, allen Berechtigten nützlich und keinem derselben nachtheilig ist (Z. I, 194.) Die Bekiesung eines Sträßchens muß daher, so lange nicht etwas Anderes nachgewiesen ist, als eine im bezeichneten Sinn nützliche Handlung angesehen werden.“ (OG. 1878, Nro. 22. Vgl. Sachsen § 333.)

4. Zu Absatz 2. Der Unterschied von dem gewohnten Theilungsverfahren liegt darin, daß bei letzterem die Miteigenthümer zu ganz gleichem Rechte einander gegenüber stehen, während hier der Antheiler, welcher seine Verpflichtung nicht erfüllt hat, in der schlimmeren Lage ist, daß er sich den Auskauf seines Rechtes von Seite der anderen Miteigenthümer gefallen lassen muß.

§ 112.

[562.] Ueber die ordentliche Verwaltung und Benutzung der gemeinsamen Sache entscheiden der oder die Miteigenthümer, welchen die Mehrheit der Antheile zusteht.

Im Uebrigen aber sind die Mehrheitsbeschlüsse der Miteigenthümer für die Minderheit nicht rechtsverbindlich.

1. Da jeder Miteigenthümer sein Recht ausschließlich für sich hat, so braucht er sich auch nicht dem Willen der Mehrheit unterzuordnen. Das ist ein wesentlicher Unterschied des Miteigenthumsverhältnisses von dem der juristischen Person. Eine Ausnahme jenes Grundsatzes wird anerkannt mit Bezug auf die ordentliche Verwaltung und Benutzung des Gutes, weil eine starre Durchführung desselben die naturgemäße Ausübung alles Miteigenthums übermäßig erschweren und dem launenhaften oder chikanosen Widerspruch eines Einzelnen zu viel Spielraum verstatten würde. Die Ausschließlichkeit der Herrschaft muß sich doch diejenigen Ermäßigungen und Beschränkungen gefallen lassen, ohne die ein Nebeneinanderbestehen mehrerer Antheiler zur Unmöglichkeit wird. Wenn also z. B. von drei Miteigenthümern zu je einem Drittheil A und B eine Scheune bauen oder einen Acker in Rebland umwandeln wollen und der Dritte C nicht, so kann dieser jene daran hindern. Wenn dagegen A und B den Acker mit Waizen und C denselben mit Gerste bepflanzen, oder wenn jene eine zur Vermiethung bestimmte Wohnung an den D vermiethen wollen und C an den E, so muß sich in diesen Dingen der C der Verfügung von A und B unterziehen. (Vgl. Z. X, 336, Nro. 25.)

2. Der oder die Miteigenthümer. Die Größe der Antheile, nicht die Zahl der Miteigenthümer entscheidet. Wenn daher A zu zwei Drittheil, B, C und D zu einem Drittheil Miteigenthum haben, so geht sogar der eine A vor. Anders das preußische Landrecht, I, 17, § 12, welches die „Mehrheit der Stimmen" entscheiden läßt. Dagegen sieht das österreichische Gesetzbuch § 833, an das sich wieder Bern S. 396, Luzern § 244, Aargau § 464, Graubünden § 211, Sachsen § 331, halten, ebenfalls auf die Mehrheit der Antheile. Wird diese Unterordnung dem B zu lästig, so wird er immer Ausscheidung fordern (§ 113.)

3. Bei Stimmengleichheit hat der Richter zu entscheiden. (Vgl. Sachsen § 331.)

§ 113.

[1380.] Die Miteigenthümer haften einander für den aus Fahrlässigkeit verursachten Schaden wie Gesellschafter (Schweizerisches Obligationenrecht Art. 538).

1. Wie Gesellschafter, also für den Fleiß und die Sorgfalt, welche sie in ihren eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. (Vgl. Sachsen § 336.) Es liegt

darin eine Beschränkung ihrer Verantwortlichkeit auf das nach ihren Charaktereigenschaften ihnen zuzutrauende Maß; vgl. Schneider, Kommentar zum schweiz. OR., Art. 538, 1.

§ 114.

[563.] Jeder Miteigenthümer ist, wo nicht die Bestimmung der gemeinsamen Sache selbst hindernd im Wege steht, jederzeit berechtigt, reale Theilung der gemeinsamen Sache beziehungsweise Umwandlung des Miteigenthums an dem Ganzen in alleiniges Eigenthum an einem entsprechenden Theile oder Ersatz des Werthes seines Miteigenthums gegen Abtretung desselben an einen anderen Miteigenthümer zu fordern.

1. Das Theilungsverfahren, worauf jeder Miteigenthümer dem andern gegenüber ein Recht hat, dient dazu, das bisherige Miteigenthum aufzulösen, und damit auch die mancherlei Konflikte, die sich unter den Antheilern ergeben können, zu beseitigen. Es erscheint darin jeder derselben als Kläger und als Beklagter zugleich. Aber zunächst wird nur unter ihnen selber die Ausscheidung vorgenommen, so daß entweder die gemeine Sache, wenn das möglich und passend erscheint, in reale Theile zerlegt wird — z. B. zwei Brüder theilen sich in die Grundstücke ihres verstorbenen Vaters, oder so, daß dem einen A die Sache ganz zu Eigenthum zugefertigt wird und der B dafür durch eine Geldsumme entschädigt wird.

2. Die nothwendige Bestimmung der gemeinsamen Sache hindert die Theilung und Ausscheidung z. B. in folgendem Falle. Ein Haus ist früher in der Weise unter A und B getheilt worden, daß A der ausschließliche Eigenthümer der östlichen, B der westlichen Hälfte geworden, eine in der Mitte liegende Tenne oder Hofreite aber, die zur Benutzung der beiderseitigen Wirthschaften unentbehrlich ist, im Miteigenthum beider geblieben ist. (Z. X, 60; VIII, 372, Erw. 4 a.) Da kann weder eine reale Theilung helfen, denn die Hälfte der Tenne ist zu klein für den Gebrauch, noch die Zuweisung der ganzen Tenne an den A gegen Entschädigung des B, denn der B kann als Eigenthümer des halben Hauses jene Lokalität nicht entbehren. Eher noch wäre eine Ausscheidung in dem Sinn möglich, daß dem A das Eigenthum, dem B eine Dienstbarkeit an der Tenne zugesprochen würde. Damit ist aber gegenüber dem Miteigenthum nichts gewonnen. Oder: Ein Brunnen ist gemeinschaftliches Eigenthum zweier Nachbarn. Da wird in der Regel auch keine Ausscheidung zuläßig sein, die reelle Theilung ist ohnehin nicht möglich.

3. Da, wo das Miteigenthum auf einem Gesellschaftsvertrag beruht, kann jedoch der Miteigenthümer die Theilung nur insofern verlangen, als dies nicht den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen widerspricht. (Z. IX, 73, vgl. schweiz. OR., Art. 546 ff.).

4. Auch gegenüber der Konkursmasse eines Miteigenthümers kann die Theilungsklage angehoben werden. (Z. XXV, 350.)

§ 115.

[564.] Bei Theilungs- und Ausscheidungsklagen hat der Richter, soweit die Fragen unter den Parteien streitig sind, die Befugniß, nach

vernünftigem Ermessen entweder reale Theilung anzuordnen oder das alleinige Eigenthum einem der Miteigenthümer gegen Entschädigung an die anderen zuzusprechen, nöthigenfalls auch das zuerkannte Eigenthum mit einer Servitut zu Gunsten der anderen Partei zu belasten.

Vgl. Z. XXV, 350.

1. Die Miteigenthümer können die Theilung oder Ausscheidung auch ohne Prozeß nach Belieben, z. B. durch das Loos vollziehen. Aber wenn daraus eine Veränderung in den Grundeigenthumsverhältnissen hervorgehen soll, so bedarf es der kanzleiischen Fertigung (§§ 118 ff.).

2. Der Richter kann die eine oder andere Art der Theilung auch ohne bestimmte Anträge der Parteien vornehmen (Z. XX, 195); er ist auch nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Z. IV, 300, Nr. 148). Er kann auch, wenn er einen ganzen oder theilweisen Auskauf eines Miteigenthümers verfügt, dem Auskaufenden Termine zur Zahlung der Auskaufssumme gewähren (Z. XX, 348, Nro. 129.)

§ 116.

[565.] Das Gericht kann zum Behufe der Auseinandersetzung unter den Miteigenthümern auch eine Versteigerung der gemeinsamen Sache, sei es unter den Miteigenthümern selbst, sei es, wo solches angemessen erscheint, in Form der öffentlichen Versteigerung anordnen.

1. Einige neuere Gesetzgebungen gehen weiter, am weitesten die Berner S. 399, welche geradezu vorschreibt: „Ist die Aufhebung der Gemeinschaft beschlossen worden, so kann jeder Miteigenthümer verlangen, daß die gemeinschaftliche Sache an eine öffentliche Steigerung gebracht werde." Die österreichische § 843, Luzern § 247, Aargau § 467, gewähren zwar auch dem Miteigenthümer die Befugniß, eine öffentliche Steigerung zu verlangen, aber doch nur, wenn eine Realtheilung nicht möglich oder wegen erheblicher Werthverminderung unthunlich erscheint. Aehnlich preuß. Landr. I, 17, § 89 ff. Nach einer sorgfältigen Erwägung der Gründe hat sich die Kommission von 1854 für die obige Fassung entschieden, welche den Entscheid nicht in die Willkür eines Miteigenthümers, sondern in das Ermessen des unparteiischen Theilungsrichters legt und keine abstrakte Regel gibt, sondern auf die Umstände des Falles verweist. So nun auch Sachsen § 341, Graubünden § 212. Es hat etwas Anstößiges für unser Rechtsgefühl, wenn z. B. ein Sohn seine Geschwister zwingen kann, das väterliche Wohnhaus, den alten Stammsitz der Familie, auf die öffentliche Gant zu bringen, wenn er mittelbar dieselben nöthigen kann, daß sie ihren Antheil an einen Fremden, den Meistbieter verkaufen müssen, und wir finden uns durch die Erinnerung nicht beruhigt, daß es ja den andern Kindern freistehe, das väterliche Gut dadurch in der Familie zu behalten, daß sie das höchste Angebot machen; denn dieses ist doch von dem Gebote eines Dritten, Fremden, abhängig, dessen Vermögenskräfte leicht die ihrigen übersteigen können. Bedenkt man überdem, daß derselbe Grundsatz auch auf das Miteigenthum an beweglichen Sachen Anwendung finden müßte, so wird hier ein solcher Zwang zu öffentlicher Steigerung noch unerträglicher. Dem bloßen Geldinteresse, welches immer den höchsten Preis verlangt, dürfen doch nicht alle andern persönlichen Interessen

der Miteigenthümer an dem Besitz und Genuß ihrer Sache geopfert werden. Aber auf der andern Seite ging der ursprüngliche Entwurf Bluntschli's nach der entgegengesetzten Seite zu weit, indem er die öffentliche Steigerung nur dann zulassen wollte, wenn alle Mitglieder dazu zugestimmt hätten und in der Regel die Steigerung auf den Kreis der Miteigenthümer beschränkte. Es könnte so unter Umständen, wenn alle fremden Bieter ausgeschlossen würden, auch ein einzelner Miteigenthümer, der allein in der Lage ist, die Sache vortheilhaft zu benutzen, — z. B. unter mehreren Erben eines Fabrikbesitzers befindet sich ein Fabrikant und die andern Miterben haben einen ganz fremdartigen Beruf ergriffen —, die Sache um einen unverhältnißmäßig geringen Preis an sich bringen und den andern Antheilern abdrücken. Nach der jetzigen Bestimmung wird das Gericht in diesem Falle die öffentliche Steigerung gestatten, in den früher angeführten eher verweigern. (Z. VI, 313. IV, 188.)

Zweites Kapitel.

Eigenthum an Liegenschaften.

A. Erwerb des Eigenthums an Liegenschaften.

§ 117.

[532.] Das Eigenthum an Liegenschaften geht über:

a. unter Lebenden durch kanzleiische Fertigung;

b. durch Erbfolge von Todes wegen.

Vorbehalten bleiben:

1. die Bestimmungen betreffend den Uebergang bei Zwangsabtretungen sowohl nach kantonalem als auch nach eidgenössischem Rechte;
2. Die Bestimmungen des Gesetzes über die Eintragung von Grunddienstbarkeiten betreffend den Erwerb des Miteigenthums an Flur- und Feldwegen.

1. Vgl. über das ältere Recht Bluntschli, RG., Bd. I, § 20; III, § 19. Das neuere Prinzip der Eigenthumsübertragung durch „kanzleiische Fertigung", Fertigung im Grundbuch, unterscheidet sich von dem ältern Grundsatz der mündlich vollzogenen gerichtlichen Auflassung hauptsächlich durch die schriftliche Form der Beurkundung und gewährt eben dadurch eine erhöhte Sicherheit und Klarheit für alle Rechtsverhältnisse am Boden.

Siehe ferner: F. v. Wyß: über notarialisches Eigenthum und rechtlich geschützten Besitz an Grundstücken (Z. XIV, 260);

F. v. Wyß, Sohn: die Rechtskraft der Grundprotokolleinträge nach den Rechten der deutschen Schweiz, insbesondere Zürichs, in Zeitschr. für schweiz. R. XVII, 91.

Verordnung des Obergerichts betr. die notarialische Fertigung von Theilungen über Liegenschaften, welche Bestandtheile eines Gemeinde- oder eines Gerechtigkeitsgutes waren, vom 5. Dez. 1855 (Off. Samml. X, 367.)

2. Erbfolge. Nach dem Tode des Erblassers fällt sein hinterlassenes Grundeigenthum an seine Erben regelmäßig sofort von Rechts wegen an die Familienerben. Das Nähere im Erbrecht §§ 928 ff. (Vgl. auch § 117, 3.)

3. Die beiden Vorbehalte sind dem Paragraphen neu beigefügt worden, es ist damit jedoch nur dem bestehenden Rechte Ausdruck gegeben worden.

4. Zwangsabtretungen. (Vgl. §§ 191, 247.) Das kantonale Gesetz betr. die Abtretung von Privatrechten vom 30. Nov. 1879, Off. Samml. XX, 114, bestimmt in § 56:

„Mit der Bezahlung der Entschädigung gehen die abzutretenden Rechte ohne Weiteres an den Exproprianten über."

Das Bundesgesetz betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850, Off. Samml. Bd. I, 319, bestimmt in Art. 14:

Mit dem Ablauf der Frist gehen die Rechte, welche Gegenstand der Abtretung sind, an den Unternehmer über. (Vgl. Art. 20, Abs. 2.)

Art. 44:

„Mit der Bezahlung der Entschädigung für diejenigen Rechte, welche Gegenstand der Abtretung sind, gehen dieselben ohne Weiteres und ohne daß dazu die Beobachtung irgend einer sonst etwa vorgeschriebenen Form erforderlich, an den Bauunternehmer über."

5. Gesetz über die Eintragung von Grunddienstbarkeiten vom 22. April 1862, (Off. Samml. XII, 671) bestimmt in § 31 mit Bezug auf die im Miteigenthum der Flurgenossen (s. oben § 108, 7) stehenden Flur- und Feldwege ausdrücklich: „Eine Eintragung derselben in das Grundprotokoll ist nicht erforderlich." (Vgl. § 191.)

6. Wenn von einem Grundstücke bloß der Grenze nach ein Streifen abgetrennt und dem unmittelbar anstoßenden Grundstücke zugetheilt wird, ohne daß durch diese Veränderung irgend ein Widerspruch mit dem Grundbuche sich herausstellt, so ist die notarialische Fertigung nicht erforderlich, um das Eigenthum des neuen Erwerbers auch auf das ihm neu zugetheilte Terrain mit voller Wirksamkeit zu erstrecken. (Z. XXIV, 78.)

7. Das alte Gesetz bestimmte in § 533, daß bloße Besitzesübertragung keinen Eigenthumserwerb begründe, eben so wenig bloßer Vertrag oder ein Vermächtniß. Diese Bestimmung ist, als schon in § 117 enthalten, gestrichen worden.

I. Kanzleiische Fertigung.

§ 118.

[534.] Damit das Eigenthum durch kanzleiische Fertigung übergehe, wird erfordert:

a. daß der Urheber (Auktor) der Uebertragung selber Eigenthümer oder ermächtigt sei, über das Eigenthum eines Anderen zu verfügen;

b. Handlungsfähigkeit des Uebertragenden;

c. ein auf Eigenthumsübergang gerichtetes Rechtsgeschäft, z. B. Kauf, Tausch, Erbtheilung u. dgl.;

d. Eintragung dieses Rechtsgeschäftes in das Grundprotokoll.

Vgl. § 117, 1.

1. Die Ordnung der Einträge in unsern Grundprotokollen ist die chronologische. Schon in seinem Kommentar von 1854 hatte Bluntschli statt dessen der sogen. Realordnung, nach welcher jedes Grundstück sein bestimmtes Folio hat, gerufen. Seither ist diese Ordnung wiederholt bei Besprechung des Notariatswesens in Vorschlag gekommen, die letztere hat aber noch zu keiner Neuerung geführt.

2. Urheber. Von mehreren Miteigenthümern kann jeder nur seinen Theil übertragen. Damit das ganze Eigenthum an der Sache übergehe, müssen alle zusammen wirken.

3. Ermächtigt. Z. B. der Richter bei der Zutheilung (adjudicatio) im Theilungsprozeß. Der Richter kann ferner bei klarem Recht sogar im Wege des Befehlsverfahrens die Eintragung verfügen, wenn

a. der Veräußerer sich grundloser Weise der Mitwirkung zur notarialischen Fertigung widersetzt, z. B. nachdem die exceptio oder replicatio rei venditæ ac traditæ (§ 92, 4) gegen ihn begründet erklärt worden ist;

b. es sich um Zufertigung von Grundstücken handelt, die noch nicht im Grundprotokoll stehen und durch Erbgang auf den Petenten übergegangen sind;

c. eine Ersitzung vorliegt. U. 740, 741.

Es wird demnach im Falle b der Ablauf der zehnjährigen Frist des § 122 nicht verlangt, was mir bedenklich scheint.

4. Handlungsfähigkeit s. Bundesgesetz über die persönl. Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881, Off.-Samml. V, 556. Der Minderjährige kann Grundeigenthum nicht ohne Ermächtigung der Obervormundschaft übertragen s. § 784. (Vgl. auch § 119.)

5. Rechtsgeschäft sogen. causa traditionis. (Vgl. Z. XIV, 139 Erw. 1.) Eine solche causa kann auch die Ersitzung sein, s. §§ 122, 125.

§ 119.

[535.] Die Frage, ob und wann die gegen den Eigenthümer angehobene Schuldbetreibung denselben des Rechtes beraube, das Eigenthum an seinem Grundstücke zu übertragen, wird durch die Gesetzgebung über die Schuldbetreibung geregelt.

1. Das alte Gesetz bestimmte: Ein Eigenthümer, gegen welchen der hohe Rechtstrieb eingeleitet ist, kann das Eigenthum an seinem Grundstück, so lange derselbe fortwirkt, nicht übertragen.

Das entspricht auch dem gegenwärtig geltenden zürcherischen Rechtstriebsgesetze § 113. Da jedoch der Erlaß eines eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes in Aussicht steht, erschien es zweckmäßiger, hier einfach auf das Exekutionsgesetz abzustellen.

§ 120.

[536.] Der Uebergang des Grundeigenthums richtet sich, wenn nicht das eingetragene Rechtsgeschäft ausdrücklich einen späteren Zeitpunkt des-

selben festsetzt (die bloße Bestimmung eines späteren Besitzantrittes gilt nicht dafür), nach dem Datum, welches das Rechtsgeschäft in dem Grundprotokolle erhalten hat.

Die Eintragung in das Grundprotokoll ist in der Regel nach dem Tage zu datiren, an welchem das Rechtsgeschäft als ein fertiges dem Notar zur Kenntniß gebracht und von demselben in das Journal aufgenommen worden ist.

Wenn der Veräußerer in der Zwischenzeit zwischen der Aufnahme des Rechtsgeschäftes in das Journal und der wirklichen Eintragung in das Grundbuch in Konkurs geräth und der Mangel der Eintragung lediglich in der Zögerung des Notars seinen Grund hat, im Uebrigen aber das Verhältniß unversehrt geblieben ist, so soll die Eintragung nachträglich vollzogen werden.

1. Nach dem Datum in dem Grundprotokoll. Die genaue Bestimmung des Tages, an welchem das Grundeigenthum wirklich übergeht, ist für eine Reihe von juristischen Folgen wichtig. Zunächst entscheidet darüber das Datum des Grundprotokolls, welches keineswegs mit dem Tage zusammenfällt, an welchem das Geschäft wirklich in das Grundbuch eingetragen worden ist; denn es kann sich aus rein zufälligen Gründen, z. B. wegen Geschäftsüberladung in bestimmten Terminen (Maitag, Martini), die äußere Eintragung in dasselbe verzögern, während schon vorher das Geschäft im Uebrigen ins Reine gebracht war. Auf das Grundbuch muß aber gesehen werden, weil erst durch dasselbe der Uebergang des Eigenthums vermittelt wird und in ihm — nicht in dem bloß vorbereitenden Tagebuch — die Aufschlüsse über die Grundverhältnisse nachgesehen werden.

2. Bestimmung eines spätern Besitzantritts. Sehr oft wird bei Veräußerung von Häusern oder andern Gütern verabredet: „auf Ostern, Kirchweih, zu Martini anzutreten“. Das heißt nicht, erst dann soll das Eigenthum, sondern dann soll der Besitz übergehen. Der Käufer will dessen ungeachtet schon vorher gegen weitere Verpfändung oder Belastung des Grundstücks durch den Verkäufer sicher gestellt sein. Es entscheidet daher auch da das für die Eintragung des Geschäfts bestimmte Datum. Anders wenn ausdrücklich der Eigenthumsübergang verschoben wird.

3. Journal. Das Tagebuch nimmt die verschiedenen dem Landschreiber zum Behuf der Fertigung vorgelegten Rechtsgeschäfte in sich auf, und zwar nach der Reihenfolge und dem Datum, wie dieselben eingehen. Ein Kaufvertrag kann schon vorher von den Parteien und mit voller obligatorischer Wirkung abgeschlossen und in einer Privaturkunde niedergelegt und unterschrieben worden sein. Das Datum dieses Abschlusses ist aber für die dingliche Folge, um deren willen das Geschäft an die Kanzlei gelangt, nicht maßgebend. Der Landschreiber datirt frühestens von dem Tage der Anmeldung an und nimmt dann, wenn nichts weiter im Wege ist, das letztere Datum auch in das Grundbuch selbst für die Eintragung auf. Ist aber das Geschäft selbst an dem Tage der vorläufigen Anmeldung noch nicht vollendet, sondern bedarf es z. B. erst der Vermittlung des Landschreibers, und kommt dieser erst später damit

zu Stande, so kann so auch das Datum des endlichen Abschlusses ein späteres werden, und wieder richtet sich darnach die Eintragung in das Grundbuch.

4. Z. B. Am 1. April wird ein Kaufvertrag über ein Haus dem Landschreiber von beiden Kontrahenten angemeldet und in das Journal eingetragen. Da aber die Kanzlei mit Ausfertigung von Schuldbriefen auf den 1. Mai stark beschäftigt ist, so verzögert sich die wirkliche (mechanische) Eintragung in das Grundbuch, und am 30. April geräth der Verkäufer in Konkurs, z. B. in Folge eines schnellen Rechtstriebes. Wäre der Konkurs nicht ausgebrochen, so würde unzweifelhaft nach dem Gesetz der Landschreiber die z. B. am 2. Mai vollzogene Eintragung unter dem 1. April datiren und von da an der Käufer als Eigenthümer gelten. Eben deßhalb darf auch der inzwischen ausgebrochene Konkurs dies Verhältniß nicht zum Schaden des an der Zögerung nicht schuldigen Käufers ändern. Ganz ebenso ist es, wenn der Verkäufer in der Zwischenzeit von dem hohen Rechtstrieb betroffen wird, und es ist dieses kein Hinderniß, das früher schon fertige, unter dem früheren Datum einzutragende Geschäft in das Grundbuch einzuschreiben. — Würde dagegen die Eintragung ganz versäumt, wenn auch aus Fahrlässigkeit des Landschreibers, und später der Veräußerer das Grundstück weiter an einen Dritten verpfänden und diese Verpfändung eingetragen, so wäre diese als von dem protokollmäßigen Eigenthümer geschehen, durchaus gültig.

5. Die in der Notariatskanzlei zu entrichtenden Gebühren sind die in § 343, 1 angegebenen, nach dem Werthe des Grundstücks berechnet.

II. Ersitzung.

§ 121.

[537.] Eine Ersitzung von Grundstücken ist zulässig zu Gunsten des rechtmäßigen und gutgläubigen Besitzers in folgenden Fällen:

a. wenn zwar eine kanzleiische Fertigung vorgenommen worden ist, aber an Mängeln leidet, wie insbesondere, wenn aus Versehen Jemandem Grundeigenthum zugefertigt worden, während der Urheber des Geschäftes nicht Eigenthümer oder nicht handlungsfähig, oder wenn die gerichtliche Genehmigung des Rechtsgeschäftes, wo diese vorgeschrieben ist, unterblieben war;

b. wenn Jemand ein von einem Erblasser hinterlassenes Grundstück in gutem Glauben als Erbe übernommen hat, während er nicht Erbe war;

c. wenn Jemand rechtmäßigen Besitz an einem Grundstücke erlangt hat, über dessen Eigenthumsverhältnisse in dem Grundbuche keine oder ungenügende Aufschlüsse zu finden waren.

1. Bluntschli sagt: „Das bisherige Recht hat eine Ersitzung an Grundstücken nicht anerkannt, und das ausgebildete System der Grundbücher verträgt auch eine so weite Anwendung und eine so starke Wirkung der Ersitzung, wie das römische Recht sie kennt, durchaus nicht. In der beschränkten Fassung aber unsers Gesetzes ist dieselbe wohl mit jenem System vereinbar und dient dazu, eine Rechtsunsicherheit in geordneter

Weise zu beseitigen, welcher doch irgendwie und irgend einmal, wenn auch auf willkürlichen und künstlichen Wegen, ein Ende gemacht werden müßte. Die Besorgniß, daß eine erleichterte Gestattung der Ersitzung die Vernachlässigung der kanzleiischen Fertigung befördern und dadurch das Institut der Grundbücher gefährden könnte, hat dabei mitgewirkt, die Grenzen derselben enge zu ziehen.

2. Zu a. Z. B. Aus Versehen hat der Erbe A ein Haus dem B zufertigen lassen, während auch der C Miterbe des A war und jenen nicht dazu ermächtigt hatte. Oder: Ein Minderjähriger, den der Landschreiber für volljährig hielt, hat die Fertigung seines Grundeigenthums vollziehen lassen."

3. Das Obergericht hat dies für vorliegend auch in einem Falle angenommen, in welchem der Fertigung ein simulirtes Geschäft zu Grunde lag. (Z. X, 334 Nro. 24.) Dies scheint nicht richtig zu sein, denn von einem gutgläubigen Besitzer kann doch in einem solchen Falle nicht gesprochen werden,

4. Zu b. Z. B. Der Vetter A hält sich für den rechtmäßigen Erben des D, während noch ein Bruder desselben am Leben ist, von dessen Existenz A nichts weiß.

5. Ein Grundstück, welches dem Erblasser nicht zugestanden hat, kann nicht auf diesem Wege ersessen werden. (Z. XI, 67 Erw. 3.)

6. Zu c. Eine Liegenschaft ist überall noch nicht in dem Grundprotoll erwähnt — ein Zustand, der noch möglich ist —; oder sie war zwar früher erwähnt, aber da der zuletzt genannte Eigenthümer längst verstorben und seither auch dessen Familie ausgestorben ist, so kann nicht mehr mit Sicherheit ermittelt werden, wem das Grundstück zukomme; oder es sind zwar noch Familienglieder vorhanden, aber ausgewandert und zerstreut, und es würde unverhältnißmäßige Kosten und Mühen verursachen, allen nachzugehen und sie einzuvernehmen, ob sie noch Ansprüche machen, während das Gegentheil wahrscheinlich ist. Unter diesen Voraussetzungen ist oft nicht genug Grund vorhanden, um den gegenwärtigen Besitzer als Eigenthümer anzuerkennen, aber Grund genug, um ihm, zunächst wenn er rechtmäßigen Besitz hat, also auf einen Rechtsgrund seines Besitzerwerbs sich berufen kann, das Recht der Ersitzung zuzugestehen. Wenn dagegen aus dem Protokoll ersichtlich ist, daß der A, der vielleicht dem B den Besitz übertragen hat, Eigenthümer sei, so hat B, obwohl er rechtmäßiger und redlicher Besitzer, dennoch keinen Anspruch auf die Ersitzung. Er kann ja den A oder dessen Erben anhalten, die kanzleiische Fertigung zu vollziehen.

7. Vergleiche die Ersitzung von Grunddienstbarkeiten § 244, dagegen den Fall von § 118, 3 b.

§ 122.

[538.]. Die Ersitzung bildet in diesem Falle einen Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes, wenn:

a. mit dem ideellen Besitzrechte während zehn Jahren reeller Besitz verbunden bleibt, und

b. der wirkliche Eigenthümer oder sein Stellvertreter nicht innerhalb zehn Jahren sein Eigenthum einklagt oder dem Besitzer gegenüber zur Anerkennung bringt.

1. Auch wo die Ersitzung anerkannt wird, kann sie doch nicht das Eigenthum selbst erzeugen, denn dann wäre wieder die Sicherheit der öffentlichen Bücher durchbrochen. Man wüßte ja nie, ob der darin genannte Eigenthümer noch das Eigenthum habe, oder ob dasselbe an einen Usucapienten inzwischen übergegangen sei. Sie begründet aber einen Erwerbstitel für die kanzleiische Zufertigung des Eigenthums an den Besitzer. § 125.

2. Zu a sagt Bluntschli: „Das ideelle Besitzrecht z. B. des Erben genügt nicht, es muß die Realität des Besitzes hinzugekommen sein und zehn Jahre lang fortgedauert haben. Die von dem ersten Erwerber begonnene Ersitzung wird durch dessen Nachfolger fortgesetzt. § 124. Wenn Rüttimann a. a. O. S. 28 sagt, das Erforderniß eines „ununterbrochen 10 Jahre lang fortgesetzten reellen Besitzes" habe „kaum einen rechten Sinn", so beruht diese Bemerkung offenbar auf einem Mißverständniß des gesetzlichen Sprachgebrauches. Wer eine Wiese erkauft und in Besitz genommen hat, behält den reellen Besitz bei, auch während er schläft, und nicht an die Wiese denkt, auch während er sie an B verpachtet hat, und einstweilen nicht einmal hingehen darf, auch während er auf Monate lang abgereist ist (§ 98). Nur wenn C inzwischen die Wiese für sich in den Eigenbesitz genommen und A davon Kenntniß erhalten hat, ohne den C sofort heraus weisen zu können, hat A den reellen Besitz verloren. Dem Erben des A dagegen, dem D, der noch niemals weder persönlich noch durch einen Stellvertreter sich der körperlichen Herrschaft über die Wiese bemächtigt hat, kommt vorläufig nur ideeller, kein reeller Besitz zu. Wenn Rüttimann bemerkt, „dieser einmal erworbene Besitz des Erben unterscheide sich von jedem andern Besitz, der solo animo festgehalten werde, nicht im Mindesten", und sogar den Besitz des Abwesenden als einen solchen versteht, so mache ich auf den sehr erheblichen Unterschied aufmerksam, daß jener Erbe möglicher Weise gehindert ist, sei es selber, sei es durch Stellvertreter die körperliche Herrschaft über die Wiese, die ihm vielleicht von einem Miterben vorenthalten wird, auszuüben, während der abwesende, aber reelle Besitzer kein Hinderniß findet, durch seinen Knecht die Wiese bebauen zu lassen. Dem bloß ideellen Besitze fehlt die leibliche Seite des Besitzes gänzlich, auch als Möglichkeit körperlicher Herrschaftsübung, dem reellen fehlt sie niemals, indem sie als fortdauernde Möglichkeit und fortwährende Anlage immer in ihm enthalten ist." Was mich betrifft, so kann ich einem sogenannten „ideellen" Besitze keinen Geschmack abgewinnen, nachdem bestimmt worden ist, daß zu jedem Besitz neben animus auch corpus gehöre, und scheinen mir daher Rüttimanns Bedenken nicht gehoben zu sein.

3. Zu b. Nach Bluntschli's Ansicht unterbricht erst die Einreichung der Eigenthumsklage bei Gericht von Seite des Eigenthümers die Ersitzung. Das Obergericht hat jedoch wiederholt erklärt, es sei „schon das an den Friedensrichter gestellte Weisungsbegehren als Unterbrechung aufzufassen. Dabei hat es dann aber die Meinung, daß die Klage ununterbrochen fortgesetzt und die Weisung ohne Zögerung dem Gerichte eingereicht werden muß." (U. 756, ferner Z. XVII, 341 Erw. 5, und oben § 31.)

§ 123.

[539.] Ueberdies findet die Ersitzung zu Gunsten des gutgläubigen Besitzers auch in Ermanglung eines nachweisbaren, auf Eigenthumserwerb

gerichteten Rechtsgrundes an Grundstücken statt, deren Eigenthümer nicht aus dem Grundprotokolle ersichtlich ist, wenn der Eigenthumsbesitz während dreißig Jahren ohne gerichtlichen Widerspruch ununterbrochen fortgedauert hat.

Wo das hergebrachte Eigenthum eines Besitzers solcher Grundstücke schon aus den Umständen klar wird, bedarf es keiner Ersitzung.

1. Eine zweite Art der Ersitzung, sogenannte außerordentliche Ersitzung, ist die des gutgläubigen Besitzers, der keinen Rechtstitel anführen, also nicht zugleich sich als rechtmäßigen Besitzer ausweisen kann, § 71. Sie ist aber nur anwendbar auf Grundstücke, über deren Eigenthum das Grundbuch keine genügende Auskunft gibt. Sie wird besonders da zur Anwendung kommen, wo es ungewiß ist, ob einzelne in den Protokollen nicht oder undeutlich bezeichnete Grundstücke, z. B. einzelne Aecker, dem A oder dem B zugehören. Da ist es leichter, den Besitz nachzuweisen und darauf die Ersitzung zu stützen, als das Eigenthum. In derartigen Fällen erhält der Besitzer nicht nur die Besitzrechtsklage (§ 92), sondern geradezu die Eigenthumsklage..

2. Zu Abs. 2. Vgl. § 49 des Notariatsgesetzes Off. S. V 190.

§ 124.

[540.] Der zur Ersitzung berechtigte Besitzer darf den Besitz seines Vorgängers zu dem seinigen hinzurechnen, insofern derselbe ebenfalls zur Ersitzung tauglich war.

1. Sogen. accessio possessionis.

§ 125.

[541.) Ist die Ersitzung vollendet, so ist der Besitzer infolge derselben berechtigt, von dem Bezirksgerichte die Erlaubniß zur Eintragung in das Grundprotokoll und damit nunmehr vollgültige kanzleiische Zufertigung des Eigenthums zu begehren.

Das Bezirksgericht ertheilt die Erlaubniß, wenn es sich überzeugt, daß die Bedingungen der Ersitzung vorhanden sind (§§ 121 bis 124). Es ist ermächtigt, wo solches zum Behufe dieser Ueberzeugung nöthig erscheint, eine öffentliche Ausschreibung zu erlassen.

1. Die Prüfung des Gerichtes erstreckt sich auf die Bedingungen der Ersitzung. Es handelt dabei mit freiem Ermessen, kann nöthigenfalls auch noch Personen vernehmen, von denen es eine mögliche Betheiligung erwarten kann, Zeugen hören, welche die Verhältnisse kennen, von der Gemeinde Bericht einziehen und allfällige Zweifel durch öffentliche Aufforderung verbunden mit Androhungen abschließend beseitigen. (Z. VII, 73; XIX, 165; XX, 188; Notariatsgesetz § 49.; Off. S. V, 190.)

III. Anspülung.

§ 126.

[542.] Wird durch allmälige Anspülung oder durch allmäliges, aber bleibendes Zurücktreten öffentlicher Gewässer das Erdreich des Ufers erweitert, so erweitert sich dadurch auch das Eigenthum an dem Ufer.

1. Dieser Grundsatz ist schon im römischen Recht und im ältern deutschen Recht anerkannt worden und ebenso in die neuern Gesetzgebungen, preuß. Landr. 1. 9, § 225 ff.; Code civ. §§ 556, 557; österr. Ges. § 411; Sachsen § 282, übergegangen. Das Recht folgt hier der Natur, die das Grundstück so allmälig anwachsen läßt. Da indessen diese Anspülung in dem fehlerhaften Lauf des Flusses oder doch in ungenügendem Uferschutz ihren Grund hat — gewöhnlich wird dieselbe an Krümmungen des Flußbettes an dem vorspringenden (convexen) Ufer auf Unkosten des eingebogenen (concaven) Ufers geschehen — so wäre es unbillig, wollte man diese Erweiterung des einen und Verminderung des andern Ufers wie ein festes unabänderliches Recht des erstern Eigenthümers und als eine nothwendige Belästigung des letzteren Uferbesitzers behandeln. Die Verbesserung des Flußlaufes und die Sicherung des Uferbestandes darf durch diese Veränderung im Eigenthum nicht verhindert werden. Dafür sorgt die Bestimmung des § 129.

2. Ist eine öffentliche Straße die Begrenzung des Ufers, an welches die Anspülung geschieht, so erwirbt der Staat das angelegte Land.

§ 127.

[543.] Wird dagegen ein zusammenhängendes Stück einer Liegenschaft von dem Gewässer losgerissen und an fremdes Ufer angelegt, so ist der Eigenthümer jener Liegenschaft berechtigt, sein Eigenthum auch an dem losgerissenen Stücke geltend zu machen, insofern nicht der Eigenthümer des fremden Ufers eine entsprechende Vergütung für dasselbe zu zahlen bereit ist.

Uebt Ersterer sein Recht nicht binnen Jahresfrist aus, so erlischt dasselbe, und Letzterer ist berechtigt, sich ohne Weiteres das losgerissene Stück, soweit es mit seinem Boden verbunden ist, anzueignen.

1. Vgl. preuß. Landr. I. 9, §§ 233, 234; Code civ. § 559; österr. Ges. § 412. Sachsen § 282, wo aber nach dem Muster des römischen Rechtes der Eigenthumsübergang erst dann eintritt, wenn das Stück mit dem Ufer verwächst, und keine Vergütung dafür zu bezahlen ist. Der Fall wird übrigens bei uns höchst selten vorkommen.

2. Der Paragraph ist nur redaktionell verbessert, nicht materiell geändert worden, obgleich er in der offiziellen Referendumsausgabe mit einem Seitenstrich versehen erscheint.

§ 128.

[544.] Entsteht in einem Flusse eine Insel, so sind die benachbarten Ufereigenthümer berechtigt, dieselbe sich anzueignen und nach dem Verhältnisse der Nähe und Ausdehnung des Uferbesitzes unter sich zu theilen.

1. Ueber die Frage, wem eine neu im Flußbett entstandene Insel gehöre, haben schon in frühern Zeiten verschiedene Meinungen gestritten, und die neuere Gesetzgebung zeigt noch einen Zwiespalt der Ansichten. Es ist nicht etwa davon die Rede, daß ein Flußarm durch benachbarte Güter einen neuen Weg gräbt und so einzelne Gutstheile zur Insel macht; an diesen geht natürlich das bestehende Grundeigenthum nicht unter: ein Fall, den schon der Sachsenspiegel II. 56, § 2 vorgesehen hat. Bluntschli deutsches Privatrecht § 64. Unser Gesetz folgt in jenem Streit der privatrechtlichen, auch von den römischen Juristen gebilligten Ansicht, daß die Ufereigenthümer zur Aneignung der Insel berechtigt seien, nicht der staatsrechtlichen, daß die in einem öffentlichen Fluß entstandene Insel gewissermaßen die Natur des Flusses an sich trage, in dem sie entstanden, und daher dem Staate gehöre.

2. Die Bestimmung dieses Paragraphs wird analog auch auf den Fall anzuwenden sein, wenn ein See ohne künstliche Ableitung nach und nach zurückweicht und sich eine Insel bildet.

§ 129.

[545.] Innerhalb zehn Jahren nach der Erweiterung des Ufereigenthums (§§ 126 bis 128) kann der Staat oder die Gemeinde im Interesse einer Flußkorrektion oder überhaupt zum Schutze der Ufer und zur Handhabung der Wasserpolizei über den angelegten Boden ohne Entschädigung verfügen.

1. Vgl. § 126, 1. Alle durch Anlegung von neuem Land an einem Flusse hervorgebrachten Veränderungen des Grundbesitzes sind ein Werk des Gewässers und beruhen auf dem ungezügelten Laufe desselben. Der Staat und die Gemeinden dürfen daher, wenn sie für Regelung des Laufes im öffentlichen Interesse oder selbst im Interesse der übrigen Uferbesitzer und ihres Besitzstandes sorgen wollen, nicht durch jene Aenderungen beschränkt werden. Zu diesem Behuf wird das Flußgebiet, in welchem der wilde Fluß bisher regellos sich hin und her ergossen und daher jeden festen Grundbesitz gehindert hatte, ohne Entschädigung zur Verfügung der öffentlichen Gewalt gestellt. Die Anstößer haben nur ein Recht, daß das in Folge der Eindämmung des Flusses gewonnene Kulturland nicht an Dritte veräußert und jene dadurch vom Flusse abgetrennt, sondern ihnen, wenn auch mit der Verpflichtung, die Wuhrung stetsfort in gutem Zustande und auf der Korrektionslinie zu erhalten, zu Eigenthum überlassen werde.

2. Innerhalb zehn Jahren. Das alte Gesetz hatte dagegen gesagt: „Jederzeit". Die zeitliche Beschränkung erschien passend, damit nicht nach zehn Jahren noch Streit darüber entstehen könne, ob ein größeres oder geringeres Stück des für eine Flußkorrektion in Anspruch genommenen Landes s. Z. vom Flusse angelegt worden sei oder nicht.

IV. Verbindung mit dem Grundstücke.

§ 130.

[546.] Wenn durch einen Erdschlipf Erde von einem oberen auf ein unteres Grundstück fällt, so ist der Eigenthümer des ersteren berechtigt, dieselbe mit Beförderung und gegen Ersatz des durch die Wegnahme veranlaßten Schadens wegzunehmen. Thut er das nicht, so gehört sie zu dem Grundstücke, auf welchem sie liegt.

1. Z. B. In Folge heftiger Regengüsse oder in Verbindung mit Schneerutsch oder Erdbeben wird aus dem obern Theile eines Weinberges die Erde weggeschwemmt und auf den tiefer liegenden Theil abgelagert. Da darf der Eigenthümer des obern Stücks noch eine Weile lang die Erde zurückholen, freilich so, daß er den untern Grundbesitz möglichst schont und allfälligen Schaden vergütet, den er dabei verursacht. Für anderweitigen durch das Naturereigniß verursachten Schaden hat er nicht einzustehen. Läßt er aber die Erde ruhig liegen, so verbindet sie sich vollends mit dem Boden, auf dem sie liegt, und jener verliert alle Rechte daran.

§ 131.

[547.] Wenn fremde Pflanzen in dem Boden des Grundeigenthümers Wurzel geschlagen haben, so gehen sie als Bestandtheil des Grundstückes in sein Eigenthum über. Derselbe ist aber verbunden, dem zu Schaden gekommenen früheren Eigenthümer der Pflanzen die Wegnahme zu gestatten, wenn diese mit Beförderung und auf unschädliche Weise vorgenommen wird, oder, soweit er durch das Stehenlassen ungehörig bereichert würde, Ersatz zu leisten.

1. Vgl. § 49. Die Pflanze gehört dem Boden zu, aus dem ihr Stamm (Stengel) hervorwächst, mit welchem sie durch ihre Wurzeln verbunden ist. Das Eigenthum einer Topfpflanze oder eines aus seiner bisherigen Verbindung herausgehobenen Obstbaumes geht daher immer an den Eigenthümer des Bodens über, in welchen dieselben neu verpflanzt werden, sobald sie in diesem Boden festgewurzelt sind. Diese Wirkung der innern organischen Verbindung ist so mächtig, daß dieselbe selbst auf gestohlene Pflanzen Anwendung leidet. Aber dadurch wird der frühere Eigenthümer der Pflanzen oder selbst des Samens nicht verhindert für den Schaden, den er erlitten, oder um der ungehörigen Bereicherung des jetzigen Eigenthümers willen eine Entschädigungsforderung zu stellen, noch selbst in nächster Zeit ein dingliches Recht zur Lostrennung und Wegnahme der Pflanzen ausgeschlossen.

§ 132.

[548.] Ebenso gehört das Gebäude, welches ein Dritter auf dem Boden des Grundeigenthümers errichtet hat, mit Vorbehalt des § 133

dem letzteren. Derselbe ist jedoch verpflichtet, nach seiner Wahl entweder dem Eigenthümer des dazu verwendeten Materiales die Wegnahme zu gestatten, oder, soweit eine ungehörige Bereicherung vorliegt, eine billige Entschädigung dafür zu bezahlen.

1. Vgl. preuß. Landr. I, 9 §§ 327 ff.; Oesterr. §§ 417—419; Code civ. § 555; Sachsen §§ 286, 287; Luzern §§ 280—282; Aargau §§ 504—507.

Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

a. Der Grundeigenthümer hat fremdes Material (Balken, Steine) zu dem Gebäude verwendet. Da versteht sich dennoch von selbst, daß das Gebäude ihm zu eigen gehört; nur muß er den zu Verlust gekommenen Eigenthümer der Materialien, auch abgesehen von seinen Vertragsverbindlichkeiten oder Deliktsschulden, mindestens soweit er bereichert worden, entschädigen, und gestatten, daß dieser, soweit es ohne erheblichen Schaden möglich ist, dieselben wieder trenne und wegnehme.

b. Auf dem Boden des A hat B für sich ein Gebäude erbaut. Da geht dieses um der dauernden Verbindung mit dem Boden willen doch in das Eigenthum des A über. Aber der A ist wieder verpflichtet, die Bereicherung an B zu vergüten oder dem B zu gestatten, daß er das Gebäude abbreche, das Material wegnehme und den Boden wieder herstelle, wie er vor der Baute gewesen.

2. Nach seiner Wahl. Diese Worte sind eingefügt worden nicht in der Absicht, damit neues Recht zu schaffen, sondern zur Vermeidung von Streit durch gesetzliche Feststellung einer Norm, die nach der in Bluntschli's Kommentar ausgesprochenen Ansicht schon früher galt.

3. Nach gemeinem Rechte kann, wenn das verbaute fremde Baumaterial (tignum junctum) später jemals wieder vom Boden getrennt wird, dessen gewesener Eigenthümer dasselbe vindiziren. Das wird wohl auch bei uns anzunehmen sein, vorausgesetzt, daß eine Entschädigung dafür nicht bezahlt worden ist.

§ 133.

[549.] Ausnahmsweise wird eine Theilung des Eigenthums in der Art, daß verschiedene über einander liegende Abtheilungen eines Gebäudes oder das Gebäude einerseits und der Boden anderseits verschiedenen Eigenthümern gehören, noch anerkannt, soweit derartige Spaltungen zur Zeit bestehen.

Neue Fertigungen, welche derartige Spaltungen des Eigenthums zur Folge hätten, sind nicht zulässig.

1. Das frühere Gesetz hatte zugelassen, daß die hier erwähnte horizontale Theilung des Grundeigenthums ausnahmsweise vorgenommen werde, und nur die Landschreiber ermahnt, daß sie „bei Fertigungen von Rechtsgeschäften derartige Spaltungen des Grundstückes möglichst zu verhüten trachten." Bluntschli bemerkt dazu: „In alter Zeit kam es sehr häufig vor, daß mit Erlaubniß des Grundherrn von freien oder

hörigen Leuten auf dessen Boden Häuser gebaut wurden, die dann zu Eigenthum oder zu erblichem Rechte den Ansiedlern gehörten. So war auch der innere Kern der Stadt Zürich selbst, das alte Castrum, königlicher Boden und die Häuser daselbst gehörten den Reichsleuten. (Vgl. Bluntschli Rechtsgeschichte I. § 12.) Während des ganzen Mittelalters gehörte allenthalben sehr viel Boden einem andern Herrn als die Häuser darauf. Mit der Zeit aber ist dieser zwiespältige Grundbesitz verschwunden und regelmäßig hat das ältere zu einer bloßen formellen Oberherrlichkeit des Grundherrn verdünnte Eigenthum des letztern völlig dem erstarkenden Nutzeigenthum der Haus- und Hofbesitzer weichen müssen. Ausnahmsweise aber haben sich noch derartige Spaltungen des Boden- und Gebäudeeigenthums erhalten. Es kommt auch vor, daß etwa bei der Theilung des väterlichen Hauses der eine Bruder A die eine Hälfte, der andere B die andere Hälfte aber so übernimmt, daß die Zimmer oder andere Räume des A im obern Stockwerke senkrecht über den Räumen des B im untern Stockwerk liegen. Oder auch sonst können zwei Häuser so in einander greifen, daß z. B. der Keller des einen sich unter dem Nachbarhause hindurchzieht oder einzelne Kammern des einen über das andere hingebaut sind. Eine jede derartige Spaltung der Einfachheit des Grundeigenthums hat aber mancherlei Bedenken für den vollen friedlichen Genuß und für die Freiheit der Disposition von Seite der Eigenthümer, und ist deßhalb möglichst zu vermeiden. Daher die Mahnung an die Landschreiber, denselben entgegen zu wirken."

Schon die Kommission des Regierungsrathes schlug nun aber vor, solche Fertigungen für die Zukunft ganz zu untersagen, und bemerkte dazu in ihrem Berichte, sie „führen fast immer zu Streit; und da nicht gesagt war, wo die Ausnahme zutreffe und wo nicht, konnten sie bisdahin von den Behörden nicht abgelehnt werden." Dies ist in der Weisung an das Volk wiederholt worden.

V. Landanlagen.

§ 134.

[550.] Der Eigenthumserwerb an neuen Landanlagen in vormaligem See- oder Flußgebiet setzt voraus, daß Erlaubniß zu der Ausfüllung ertheilt und dieselbe vollzogen worden sei.

1. Da der See und der Fluß der privatrechtlichen Herrschaft entzogen und als öffentliche Sachen (§ 60 b.) der Hoheit des Staates, beziehungsweise der Gemeinde unterworfen sind, so dürfen auch Privaten nicht willkürlich Stücke davon sich aneignen. Die rechtmäßige Landanlage erfordert vielmehr die Erlaubniß der Obrigkeit, welche dabei die öffenlichen Interessen wahrt, also z. B. sorgt, daß durch die Anlage nicht die Sicherheit der Schifffahrt oder der gehörige Wasserlauf Schaden leide, die Uferlinie nicht in unpassender Weise durchbrochen werde u. dgl. Wer ohne Bewilligung Land anlegt, wenn auch von seinem Grundeigenthum aus, wird durch die Anlage wohl Besitzer, aber nicht Eigenthümer des Bodens, und der Staat ist berechtigt, die Wegräumung der Anlage zu forden, nöthigenfalls auf seine Kosten vollziehen zu lassen.

2. Ueber das Verfahren zur Erwirkung der Bewilligung, eine Landanlage zu erstellen, s. Gesetz betr. die Benutzung der Gewässer vom 14. April 1872, §§ 29 u. ff., Off. Samml. Bd. XVI, 544 u. ff., Verordnung betr. Staatsbeiträge vom 10. Nov.

1880, das. Bd. XX, 207; betr. die Quaianlagen s. Verordnung vom 25. März 1875; das. Bd. XVIII, 495 mit Nachtrag vom 1. Juli 1882; das. Bd. XX, 372.

3. Vollzogen. Die bloße Erlaubniß zur Ausfüllung gibt noch kein Grundeigenthum. Das Grundstück muß vorerst hergestellt sein, bevor sich Privateigenthum daran denken läßt. Gewöhnlich wird daher auch die Erlaubniß nicht für immer, sondern nur für eine bestimmte Zeit ertheilt, innerhalb welcher die Ausfüllung geschehen muß, widrigenfalls jene zu wirken aufhört. (Z. I. 59 ff., vgl. IV. 187.) „Eine bloße Made Steine auf der äußern Seite der Anlage eignet sich nicht, den concessionirten Raum vom Seegebiet so abzugrenzen, daß er als occupirt zu betrachten wäre.“ (Z. I, 57.)

B. Rechte des Eigenthümers an Liegenschaften.

§ 135.

[551.] Die Herrschaft des Grundeigenthümers erstreckt sich nicht nur auf den Boden des Grundstückes, sondern auch auf den Raum über und unter demselben.

Vorbehalten bleiben die Vorschriften des vierten Abschnittes über die Regalien und die aus ihnen hergeleiteten Gerechtigkeiten.

1. Die im Begriffe des Eigenthums liegende Herrschaft des Grundeigenthümers über seine Liegenschaft (s. § 108) ist keine absolute. Vielmehr haben sowohl die Rücksicht, daß die Menschen neben einander und mit einander leben müssen, als die Beachtung der Natur des Bodens, der doch nicht ganz und gar dem Menschen zu willkürlicher Beherrschung gegeben ist, Beschränkungen hervorgebracht, welche jene Herrschaft näher begrenzen und bestimmen. Von der Art sind:

a. die Vorschrift, daß kein Eigenthümer auf seinem Boden etwas thun darf, wodurch er körperlich auf das Grundstück des Nachbars einwirkt und so in dessen Eigenthum eingreift;

b. die Rücksichten auf das übrige Nachbarverhältniß (§§ 139 ff.);

c. die in obigen Paragraphen ausdrücklich vorbehaltenen Rechte der Regalität, wie insbesondere das Jagdrecht in offenem Wald und Feld, und das Bergrecht in der Tiefe des Bodens;

d. die nothwendige Beachtung der erworbenen Rechte Dritter (z. B. Servituten, Pfandrechte);

e. polizeiliche Beschränkung aus Gründen des öffentlichen Rechts, im Interesse der Sicherheit. (Vgl. Z. IV, 188.) Die polizeilichen Vorschriften haben ihren Grund in öffentlichen Interessen; die Sorge aber für das Privatwohl des Eigenthümers ist seine eigene Sache. Die Polizei kann daher aus Gründen der öffentlichen Sicherheit Bestimmungen treffen über die Bauten von Feuerstellen, Kaminen, gegen das Uebermaß der Höhe, über Wasserableitung, der aus Gründen des öffentlichen Anstandes und der guten Sitte auch über die Errichtung von Düngergruben und Abtritten an öffentlichen Gassen und Plätzen, voraus in Städten und Flecken. Sie muß sich aber davor hüten, durch Vorschriften über den Baustyl oder die Ein-

theilung des Hauses, das Material u. dgl. in die individuelle Freiheit einzugreifen. Das Haus ist gleichsam ein erweiterter Leib des Menschen und seiner Familie, und da muß ihnen Freiheit vergönnt sein, diesen je nach ihrer Natur, ihren Bedürfnissen, nach ihren Neigungen und selbst nach ihren Launen einzurichten und auszubauen. Ein auch vor der Polizei gesichertes Hausrecht ist eine der wichtigsten Grundlagen der Privatwohlfahrt.

2. Der Luftraum über und der Boden unter dem Grundstück wird in der Regel zu dem Grundeigenthum gerechnet, versteht sich nur so weit, als dem Menschen darüber Herrschaft möglich ist. Wenn ein Luftschiffer hoch über fremden Gütern hintreibt, so verletzt er kein Eigenthumsrecht, und auch in der Tiefe findet die Herrschaft des Menschen bald eine Grenze. Es ist daher auch für die Erstellung eines Tunnels, welcher nicht in die Machtsphäre des Grundeigenthümers hineinwirkt, eine Expropriation des Letztern nicht nothwendig.

3. Ein Grundeigenthümer erhob Einsprache gegen die Erhöhung eines nachbarlichen Kellergebäudes, weil das Vordach in seinen Luftraum überragen würde. Er ward aber abgewiesen, weil die Erhöhung des Vordachs, das auch früher schon in seinen Luftraum hineingeragt habe, eher eine Verminderung als eine Erschwerung der nachbarlichen Einwirkung sei. (Z. IV, 197.) Ein anderer Grundeigenthümer erhob Einsprache gegen die Benutzung einer Schießstätte, weil die Schüsse den Luftraum seines Grundstückes durchschneiden, und fand Schutz bei den Gerichten (Z. I, 195, 196.)

4. Das alte Gesetz bestimmte in den §§ 552 und 553 unter Vorbehalt der polizeilichen und der nachbarrechtlichen Bestimmungen, daß der Eigenthümer berechtigt sei, die Kultur seines Bodens nach Belieben zu bestimmen und zu ändern, Bäume zu pflanzen und Gebäude zu errichten; und Bluntschli bemerkte dazu:

„Nur ganz allmälig hat dieser Grundsatz Eingang gefunden. Bei unsern Vorfahren war derselbe nur in dem Einfang, der gewöhnlich mit dem Wohnhaus und den Wirthschaftsgebäuden verbunden war, anerkannt worden, nicht aber nach dem System der Dreifelderwirthschaft auf den Aeckern der verschiedenen Zelgen, welche gleichmäßig und gleichzeitig angepflanzt und in den sogenannten offenen Zeiten auch gemeinschaftlich zur Weide benutzt wurden, und noch weniger in dem Wald, der meistens Gemeingut war. Außerhalb des eigentlichen Einfangs machte sich die gemeinsame Wirthschaft der Dorfgenossen geltend und beschränkte die freie Verfügung des Individuums."

Ferner bestimmte der § 554 mit Vorbehalt der Stiftungsgüter, daß der Eigenthümer seine Liegenschaften frei veräußern dürfe, und daß gesetzliche Zugrechte (Retraktrechte) nicht bestehen; und Bluntschli bemerkte dazu:

„In früheren Zeiten gab es auch bei uns mancherlei Zugrechte, der Getheilten, der Erben, der Hofgenossen, der Gemeindegenossen u. s. f. Seit der helvetischen Revolution aber sind dieselben aufgehoben und die Veräußerung der Grundstücke erleichtert worden; eine Maßregel, die den Werth der Güter bedeutend gehoben hat. Durch Vertrag und kanzleiische Fertigung aber kann noch ein Zugrecht auf einem Gute zu Gunsten eines andern bestellt werden."

Diese Paragraphen sind von der regierungsräthlichen Kommission gestrichen worden, weil schon in den §§ 108 und 135 inbegriffen und da kein Bedürfniß vorliege, jetzt noch solche Details zu bestimmen.

5. Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Raum unter dem Vordach zum Hause gehöre. (Z. I, 193; XVI, 244.)

§ 136.

[1891.] Der Eigenthümer eines Grundstückes, auf welchem ein Anderer bei Ausübung einer ihm zustehenden Befugniß etwas vornehmen will, wovon Schaden zu befürchten ist, hat das Recht, von diesem zu fordern, daß er zureichende Sicherheit leiste gegen die drohende Gefahr, bevor er dieselbe herbeiführt.

Das nämliche Recht steht den bedrohten Bewohnern eines Hauses zu.

1. Z. B. A will auf dem Boden des B eine ihm zugehörige Wasserleitung ausbessern und es ist zu besorgen, daß dabei eine Anlage über diesen Boden Schaden leide. Hier kann der Bedrohte Sicherheit fordern. Manche römische Juristen begnügten sich auch in diesem Falle mit dem bloßen Versprechen des Bauenden, den Schaden ersetzen zu wollen (cautio de damno infecto); vgl. Ulpianus in L. 30 § 1 D. de damno infecto. Wir fordern mit Labeo volle Sicherheit. (Z. XIV 161; XX, 214.)

2. Dieser Paragraph ist nicht neu; er ist nur in etwas veränderter Fassung aus dem Obligationenrechte herüber genommen worden.

§ 137.

[560.] Der Miteigenthümer eines Grundstückes darf keine Neubaute auf demselben vornehmen, wenn auch nur einer der übrigen Miteigenthümer Einsprache macht. Bauten, welche zur Erhaltung eines bereits bestehenden oder zur Herstellung eines eingestürzten oder abgebrannten Gebäudes unentbehrlich sind, werden in dieser Beziehung nicht als Neubauten betrachtet.

1. Miteigenthümer s. § 108, 1, 4, 109 u. ff. Die Bauten, die zur Wiederherstellung oder Erhaltung des Gebäudes nöthig erscheinen, kann kein Miteigenthümer hindern. Bauten aber, die eine Erweiterung oder Veränderung des Gebäudes bezwecken, können nur in Uebereinstimmung aller Antheiler angeordnet werden. Besteht darüber ein beharrlicher Meinungsstreit der Antheiler, so bleibt ihnen nur der Ausweg durch das Theilungsverfahren freie Hand zu gewinnen (§ 114). Wenn dagegen A das abgebrannte Haus wieder aufbauen will und B dazu keine Hand bietet oder nicht die erforderlichen Mittel aufzubringen weiß, so kann ihn A zur Abtretung nöthigen nach § 111. A wollte eine gemeinsame Scheidemauer theilweise untermauern. Der Miteigenthümer L erhob Einsprache. Das Obergericht erklärte das Vorhaben des A als eine Neubaute, und erkannte die Einsprache als berechtigt an. (Z. V. 455.) Ebenso wurde der Widerspruch eines Miteigenthümers gegen die neue Anlage einer Teuchelleitung unter einem gemeinsamen Wege von Seite des andern Miteigenthümers als begründet erklärt. (Z. VII, 73.) Ebenso der Widerspruch gegen die Anlage eines Jauchetroges auf dem gemeinsamen Hofraum. (Z. XX, 193.)

§ 138.

[561.] Ebenso darf kein Miteigenthümer die Kultur des Bodens und die Bestimmung einzelner Theile des Grundstückes ändern, wenn einer der übrigen Eigenthümer dagegen Einsprache macht.

1. Der regelmäßige Kulturwechsel — z. B. zwischen Getreide und Kartoffeln oder Runkelrüben — gilt nicht als Kulturänderung, wohl aber z. B. die Umwandlung eines Weinberges in eine Hopfenpflanzung oder die Ausreutung von Wald zu Ackerland.

C. Nachbarrecht.

I. Nothweg.

§ 139.

[573.] Wenn ein bereits bestehendes Gebäude oder ein landwirthschaftliches Grundstück von der Verbindung mit den öffentlichen Straßen und Wegen abgeschnitten und ohne Weg ist, so kann der Eigenthümer desselben von den benachbarten Grundeigenthümern insoweit ein Wegrecht begehren, als er desselben zum Behufe des Zuganges zu seinem Gebäude oder der landwirthschaftlichen Bewerbung seines Grundstückes nothwendig bedarf.

Er hat sich aber zunächst an seinen Urheber zu halten, wenn dieser ihm den Weg verschaffen kann, sodann an andere Nachbarn in der Richtung zu wenden, welche am wenigsten schädlich ist.

Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Gesetzes über die Eintragung von Grunddienstbarkeiten betreffend die Grundstücke, welche in der Nähe eines Flur- und Feldweges liegen.

1. Das Nachbarrecht begründet mancherlei Beschränkungen des Grundeigenthums der Einzelnen im Interesse der besseren Benutzung des Grundbesitzes überhaupt. Das ausschließliche Privateigenthum, in welchem jedes Individuum für sich mit voller Freiheit Herrschaft übt, wie der Geist im Körper, ist zwar die Grundlage alles Sachenrechtes und wird unter allen zu höherer Gesittung gereiften Völkern heilig geachtet; aber man darf doch nie vergessen, daß der einzelne Mensch nicht bloß für sich da ist, und jene Freiheit nicht so abstrakt verstehen, daß dabei die natürliche Bestimmung des Bodens, dem ganzen Menschengeschlecht zu dienen, verhindert und das friedliche Nebeneinanderbestehen der Nachbarn unmöglich gemacht würde. Eine Beschränkung der Art ist das Recht auf den Nothweg. Zur Noth muß jedem Grundbesitzer Weg verschafft werden zu seinem Grundstück, sogar dem, welcher den Mangel eines Weges selbst verschuldet hat (§ 41), weil ohnedem dasselbe dem Genuß der Menschen überhaupt entfremdet würde.

2. Ein bereits bestehendes Gebäude. Dasselbe kann z. B. durch Veränderung eines Flußbettes oder einen Bergsturz von der Straße abgeschnitten werden.

Dagegen darf nicht auf einem Grundstück, zu dem kein Weg führt, ein Gebäude neu errichtet, und dann für die künstlich erweiterte Benutzung ein Nothweg gefordert werden.

3. Zum Behuf des Zugangs zu seinem Gebäude oder der landwirthschaftlichen Bewerbung seines Grundstückes. In der Regel muß er sich mit einem Fußweg begnügen zu dem Gebäude; so wie dagegen die ordentliche Bewirthung des Grundstückes, z. B. eines Waldes, einen Fahr- oder Schleifweg unerläßlich erfordert, muß auch dieser zugestanden werden. Daß das Wegrecht nur insoweit verlangt werden kann als es nothwendig ist, ist nunmehr klarer gesagt, als in der früheren Fassung.

4. Urheber. Auctor, hier für Rechtsvorfahr gebraucht. Wenn A ein hinteres Grundstück an B veräußert, ohne ihm zugleich über das zurückbehaltene Grundstück Weg zu geben, so wäre es unbillig, den Anstößer C nun zur Gestattung eines Nothweges zu zwingen. Kann der A den Weg verschaffen, so soll er es zunächst thun. Das gilt auch gegenüber dem mittelbaren Rechtsvorfahr. (Z. X, 337, Nro. 26; XII, 376.)

5. Die Frage der Abtretungspflicht ist als eine privatrechtliche von den Gerichten zu entscheiden, nicht wie die Abtretungspflicht aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt als Verwaltungsprozeß. Vgl. darüber das ausführliche Gutachten des Obergerichts Z. V. 59 ff. und den entsprechenden Beschluß des Regierungsrathes, ebenda S. 64.

6. Zu Absatz 3. Hiemit ist verwiesen auf die §§ 33—35 des sogenannten Flurgesetzes vom 22. April 1862 (Off. Samml. XII, 662) betreffend den Einkauf in einen Flurweg und das Begehren einer Verbindung mit einem solchen.

7. Es kann nicht für ein Grundstück, das bereits Weg hat, ein besserer Weg oder statt eines Fußweges ein Fahrweg um der bloßen Bequemlichkeit willen beansprucht werden (Z. XII, 376; XXI, 57 Erw. 3.)

8. Das Berner Gesetz S. 384 ff. behandelt den damit verwandten sogenannten Holzlaß, d. h. den Sturz des Holzes vom Berg in die Tiefe, als ein besonderes Nothrecht. Es läßt sich dasselbe aber wohl unter den Begriff des Nothweges bringen.

§ 140.

[574.] Der des Nothweges bedürftige Eigenthümer ist verpflichtet, den Schaden, welcher aus der Ueberlassung oder Benutzung des Nothweges dem Nachbar erwächst, diesem zu ersetzen.

1. Den Schaden ersetzen. Auch die Werthverminderung, welche das Grundstück von der Belastung mit der Beschwerde des Nothweges erleidet, kommt bei der Schätzung des Schadens in Betracht und muß ersetzt werden. (Vgl. Berner S. 383.)

2. Das frühere Gesetz fügte am Schlusse hinzu: „und überhaupt den Nothweg zu der Zeit und in der Weise zu benutzen, welche für den Nachbar möglichst wenig lästig ist.“ Dies ist als schon von selbst aus dem Wesen der Servitut (§ 257) und aus § 139 folgend gestrichen worden.

§ 141.

[575.] Hat der des Nothweges bedürftige Eigenthümer durch eigenes Verschulden ein ihm früher zugestandenes Wegrecht verloren, so ist er zwar ebenfalls berechtigt, die Einräumung des Nothweges zu begehren, aber nur gegen doppelte Entschädigung des belasteten Grundeigenthümers.

1. Z. B. Der Grundeigenthümer A verkauft einen vordern Acker, über den er zu einem hintern Acker Weg besaß, an den B, aber versäumt, sich das Wegrecht vorzubehalten, und will nun von dem Anstößer C einen bequemeren Weg als Nothweg fordern. Hier genügt um der Verschuldung willen die einfache Entschädigung nicht, sondern er muß dem C, durch dessen Gut vielleicht besser und näher die Verbindung mit der öffentlichen Straße herzustellen ist, den Schaden doppelt ersetzen.

§ 142.

[neu.] Wenn durch Aufhebung einer öffentlichen Straße einem Grundstücke der Weg entzogen wird, so behält dasselbe das nöthige Wegrecht über die verlassene Wegstrecke bis an deren Einmündung in die öffentliche Straße, so lange ihm nicht ein anderer ausreichender Weg unentgeltlich angewiesen wird.

1. Dieser Paragraph ist von der kantonsräthlichen Kommission eingeschaltet worden; sie umschreibt ihn in ihrer Weisung so: „Beim Eingehen einer öffentlichen Straße soll dem Anstößer von Gesetzes wegen entweder die bisherige Kommunikation gestattet oder ein anderes Wegrecht unentgeltlich eingeräumt werden, insofern er sonst von den übrigen öffentlichen Straßen abgeschnitten würde“, und das ist dann auch in die Weisung an das Volk aufgenommen worden.

2. Es liegt dem Paragraphen der Gedanke zu Grunde, daß dem Grundeigeneigenthümer, dessen Liegenschaft an eine öffentliche Straße stößt, kein Recht zusteht, die Aufhebung oder Verlegung dieser Straße zu hindern; er soll aber immerhin durch eine solche Maßregel nicht auf den bloßen entgeltlichen Nothweg verwiesen werden. Hat er auch keinen Anspruch auf einen Weg, der eben so gut und bequem ist wie der öffentliche es war, so soll er doch einen ausreichenden Weg unentgeltlich erhalten.

3. Das alte Gesetz enthielt ferner einen aus einem Gesetze von 1835 (Off. Samml. IV, 27) entnommenen § 576 über die Aufhebung der bei der alten Dreifelderwirthschaft vorkommenden Brachwege durch die Mehrheit der Zelggenossen. Da solche Brachwege im Kanton Zürich nicht mehr existiren, ist die Bestimmung als bedeutungslos gestrichen worden.

II. Tretrecht.

§ 143.

[577.] Soweit in den einzelnen Landesgegenden übungsgemäß noch Tretrechte bestehen, ist der Pflüger bei Bestellung der Felder berechtigt,

auf das nicht bepflanzte Land eines Anderen drei und einen halben Meter weit hinauszufahren.

1. Hier wie im ganzen Gesetzbuche sind die bisdahin in Fußen und Jucharten gemachten Angaben auf das neue Metermaß reduzirt worden, nöthigenfalls mit etwelcher Abrundung wie gerade hier von 12 Fuß auf 3,5 Meter herab.

2. Das frühere Gesetz enthielt noch einen Zusatz betreffend die Dreifelderwirthschaft, welcher als mit dem Wegfallen der letzteren unpraktisch geworden, gestrichen wurde. (Vgl. § 142, 3.)

3. Bluntschli bemerkte: „Diese Bestimmung ist erst in Folge der Verhandlung im Großen Rathe neu eingeschaltet worden. Das Tretrecht gehört wieder zu dem System der althergebrachten Feldgemeinschaft und soll jedem Grundbesitzer die Möglichkeit verschaffen, sein Ackerfeld bis an die äußerste Grenze umzupflügen. Die individuelle Sonderwirthschaft ist demselben nicht günstig, da der Grundbesitzer, in dessen Land der Pflüger überfährt, durch diese Beschwerde seinerseits gehemmt wird. Ein allgemeines Tretrecht, das sich von selbst verstehe, wird daher auch nicht anerkannt, sondern dasselbe auf die Landesgegenden beschränkt, wo es noch durch das Herkommen gehalten wird. Eben so wird es dahin beschränkt, daß es nicht auf angepflanztes Land ausgeübt werden darf. Wo abgeschlossene Güter bestehen oder hergestellt werden, da ist für das Tretrecht kein Raum. (Vgl. Z. VI, 170.)

III. Wasserabfluß.

§ 144.

[578.] Der Eigenthümer des unteren Grundstückes ist verpflichtet, das natürlich von dem oberen Grundstücke abfließende Regenwasser abzunehmen. Trifft der Eigenthümer des letzteren künstliche Einrichtungen, um für den Abfluß zu sorgen, z. B. durch Anlegung eines Grabens oder Anbringung einer Dachrinne, so muß er das in einer für den ersteren möglichst unschädlichen Weise thun.

1. Die Pflicht des untern Grundstücks, den Abfluß des Regenwassers von dem obern Grundstück abzunehmen, beruht auf der natürlichen Ordnung des Bodens und des natürlichen Wasserlaufs, welches der Mensch auch in seiner Beherrschung der Erdoberfläche beachten muß. Es ist daher keine Verletzung des Eigenthums, wenn der obere Anstößer das Regenwasser nicht abhält, auf das untere Grundstück abzufließen, und es wäre im Gegentheil eine Mißachtung der natürlichen Verhältnisse, wenn der untere Besitzer diesen Abfluß hemmte und so gewaltsam das Wasser auf das obere Grundstück zurückdrängte.

2. Das Obergericht hat erklärt: Das natürlich abfließende Wasser, sei es Regen- oder Quellwasser, das auf dem obern Grundstück entspringt oder von weiter oben her auf dasselbe durch natürlichen Abfluß gelangt ist, darf auch künstlich, jedoch nur in einer dem natürlichen Abfluß möglichst entsprechenden Weise, also nicht etwa unter Vermehrung der Last (OG. 1886, Nro. 39) abgeleitet werden, und der untere Grundeigenthümer muß sich dies gefallen lassen, welcher Schaden ihm auch dadurch entstehen

möge, vorausgesetzt nur, daß die Ableitung nicht in einer weniger schädlichen Weise möglich sein würde. Das Gericht fügte bei, daß wenn auch Bluntschli's Kommentar anderer Ansicht sei, sowohl der Wortlaut des Gesetzes als auch das Protokoll der Gesetzesrevisionskommission dafür spreche. (Z. XVII, 285, Erw. 4 u. ff.). Immerhin aber muß der Untere keine diesfälligen Anstalten auf seinem eigenen Lande dulden. (Z. XXI, 266, Erw. 1.)

3. In diesem Paragraph ist lediglich die Aenderung getroffen worden, daß die Worte „z. B. durch Anlegung eines Grabens oder Anbringung einer Dachrinne" hineingesetzt wurden. Es sollte damit gesagt werden, daß, wie auch das Obergericht entschieden (Z. GR. I, 550) und schon Bluntschli's Kommentar erklärt hatte, die Bestimmung sich auch auf das sogen. Dachwasser beziehe.

§ 145.

[579.] Dasselbe gilt von anderem Wasser, welches nicht erst künstlich, z. B. durch Anlegung von Kanälen, auf ein Grundstück herbeigezogen oder durch Grabung aus der Tiefe emporgehoben worden, sondern auf demselben natürlich entsprungen oder durch natürlichen Abfluß auf dasselbe gelangt ist.

Künstlich herbeigezogenes oder emporgehobenes Wasser ist der tiefere Nachbar nicht verpflichtet abzunehmen. Vorbehalten sind die folgenden Bestimmungen über die Wasserleitung.

1. Der obige Grundsatz gilt auch von Quellwasser, wenn die Quelle auf dem obern Grundstück entsprungen oder durch natürlichen Abfluß — dem der künstliche gleich zu achten, den sich der untere Grundbesitzer wie jenen gefallen lassen muß — auf dasselbe abgeleitet worden ist. Es gilt aber nicht:

a. von Kanälen, deren Wasser z. B. aus einem vorbei fließenden Bache, oder auch von einem obern Teiche, oder selbst von einer obern Quelle künstlich herbeigezogen worden ist;

b. noch von Quellwasser, wenn die Quelle z. B. durch Graben eines artesischen Brunnens künstlich aus der Tiefe des Bodens hervorgeholt worden.

Vielmehr tritt hier, auch wenn überhaupt der untere Besitzer zur Abnahme nach den Umständen genöthigt werden kann, eine Entschädigungspflicht des obern Besitzers ein. In der Regel kann aber der obere Besitzer den untern nicht nöthigen, daß er ihm das Wasser abnehme, welches er künstlich herbeigeholt hat.

2. Eine Verpflichtung des obern Besitzers, das Wasser dem untern zuzuleiten, besteht überall nicht. Kann er dasselbe für sich verwenden und anderswo hinleiten, so hat der untere Nachbar kein Recht, ihn daran zu hindern. Vorbehalten bleibt die Bestimmung des § 182. (II. 2928.)

3. Die Klage auf Beseitigung des Wasserzulaufs (actio aquæ pluviæ arcendæ) kann gegen den obern Anstößer auch dann angehoben werden, wenn die Hebung oder Zuleitung des Wassers nicht von ihm auf seinem Boden, sondern von einem Dritten oberhalb geschehen war. (OG. 1879 Nro. 30.) Nach römischem Recht dagegen muß der Anstößer in einem solchen Falle nur dulden, daß der Untere auf eigene Kosten auf seinem des Anstößers Boden schützende Vorkehrungen treffe und ist die Klage auf Beseitigung gegen den weiter oben Liegenden zu richten.

IV. Wasserleitung.

§ 146.

[580.] Im Interesse der Errichtung *öffentlicher* oder *Privatbrunnen* ist, wer eine Quelle erworben hat, berechtigt, von den Eigenthümern der dazwischen liegenden Grundstücke gegen volle Entschädigung den nöthigen Raum zur Anlegung einer Brunnenleitung oder zur Ableitung des Wassers zu begehren, wenn solches ohne besonders erheblichen Nachtheil für Gebäude oder Anlagen des Eigenthümers geschehen kann. Bei der Bestimmung des Durchzuges der Wasserleitung ist auf die Beschaffenheit der betreffenden Grundstücke und die Wünsche der Eigenthümer derselben gebührende Rücksicht zu nehmen.

1. In der Kommission von 1853/54 wurden gegen diesen und mehr noch gegen die §§ 147 und 148 von dem Prinzip des freien Grundeigenthums aus Bedenken erhoben. Allerdings erleidet die *absolute Herrschaft* des Grundeigenthümers durch dieselben eine erhebliche Beschränkung. Er kann nicht unbedingt durch einfachen Widerspruch jede Brunnenleitung, die durch seinen Boden geht, und nicht einmal eine jede oberflächliche Wasserleitung zum Behuf der Betreibung eines untern Wasserwerkes oder einer Wiesenwässerung verhindern. Aber diese Beschränkung findet ihren Grund und ihre Rechtfertigung theils in der Betrachtung, daß durch sie erst die volle Benutzung der von Gott den Menschen überlassenen Boden- und Wasserkräfte möglich gemacht und so die Beschränkung des individuellen Eigenthums ein Bedürfniß der gemeinsamen Kultur der Erde ist, theils in der das Gleichgewicht herstellenden Bestimmung, daß der Einzelne für das, was er um der Andern willen dulden muß, volle, in dem letztern Falle, wo der Eingriff erheblicher und der Gewinn des die Wasserleitung begehrenden Nachbarn größer ist, sogar doppelte Entschädigung erhält. Dafür, daß dieses Recht nicht unmäßig ausgeübt und die Billigkeit gewahrt werde, sorgt überdem § 148.

2. *Raum zu geben.* Das ist nicht etwa als Abtretung eines Streifens Eigenthum, sondern nur als Uebernahme einer Dienstbarkeit zu verstehen.

3. Der mit der Servitut zu Belastende muß entschädigt werden. Ueber das Verfahren s. Gesetz betr. die zürch. Rechtspfl. vom 2. Dez. 1874 §§ 630 u. ff. Der Angesprochene braucht sich im Administrativprozeß betr. die Frage der Abtretungspflicht nicht auf die Klage einzulassen, bevor Richtung und Art und Weise der Ausführung der Leitung genau bestimmt sind. (Rechenschaftsbericht des Reg.R. 1876 p. 166.)

§ 147.

[581.] Der Eigenthümer eines landwirthschaftlichen Grundstückes ist verpflichtet, dem Wasserberechtigten zum Behufe der Betreibung eines *Wasserwerkes* die Durchleitung zu gestatten, oder zur Anlage oder Vergrößerung eines *Weiers* das nöthige Land abzutreten. Dem Grund-

eigenthümer ist der doppelte Werth des hiefür in Anspruch genommenen Landes und ein allfälliger anderweitiger Vermögensnachtheil zu ersetzen.

1. Vgl. § 146, 1.; 148, 1. Eines Wasserwerkes, z. B. einer Mühle oder einer Spinnfabrik. Es gilt das auch von einem Kanal, der das Wasser in einen Teich oder Weiher führt, aus dem hinwieder das eigentliche das Wasserrad treibende Gefälle abfließt.

2. Das bisherige Gesetz enthielt den Zusatz: „Die Anlage der Kanäle ist auf eine für den Grundeigenthümer möglichst wenig lästige Weise zu bestimmen." Dies ist lediglich deßwegen gestrichen worden, weil schon im § 633 Ziff. 1 des Rechtspflegegesetzes (s. § 146, 3.) gesagt ist, daß die Sachverständigen ein Gutachten darüber abzugeben haben, wie die Wasserleitung auf eine für den Eigenthümer des Grundstückes möglichst wenig lästige Weise erstellt werden könne, und nach § 636 daselbst dieses Gutachten dem weiteren Verfahren zu Grunde zu legen ist.

3. Neu hinzugefügt sind die Worte: „oder zur Anlage oder Vergrößerung eines Weiers das nöthige Land abzutreten." Es ist damit lediglich der Inhalt des § 7 des Gesetzes vom 14. April 1872 über die Benutzung der Gewässer und das Wasserbauwesen (Off. S. XVI, 535) aufgenommen worden.

4. Statt der bisherigen Bestimmung, daß überhaupt der „daherige Schaden doppelt ersetzt" werden müsse, ist eine neue getroffen worden, welche folgendermaßen unterscheidet:

a. Der Werth des in Anspruch genommenen Landes muß doppelt ersetzt werden;
b. anderweitiger Schaden, z. B. Erschwerung der Bewirthschaftung des Grundstücks, Unmöglichkeit, künftig auf demselben zu bauen, Verunstaltung desselben, Schmälerung des Ertrages während der Erstellungszeit u. s. w. ist nur einfach zu ersetzen.

5. Die Konstituirung einer bloßen Servitut mag oft genügen, besonders dann, wenn eine Wasserleitung in unterirdisch eingelegten Röhren oder in bloßen Gräben und kleineren Kanälen besteht, die keinen wesentlichen Theil des Grundstückes in Anspruch nehmen; in anderen Fällen ist die Abtretung des Eigenthums gerechtfertigt. (Z. XXIII, 56 Erw. 4 u. 5.)

6. Wenn der auf dem Abtretungsobjekt versicherte Pfandgläubiger einen Theil seines Pfandes in Folge dieses Paragraphen der Pfandschaft entlassen muß oder das Pfand gemindert wird, so hat er Anspruch auf die Entschädigungssumme. (Z. XXIII, 56 Erw. 8.)

7. Darin, daß Jemand es unterläßt, nach der statthalteramtlichen Ausschreibung des Projektes zur Erstellung eines Kanals Einsprache zu erheben, liegt kein Verzicht auf Einsprachen gegen die Durchleitung des Kanals durch sein Grundeigenthum. (Z. XVI, 250 Erw. 2; OG. 1884 Nro. 35.)

§ 148.

[581.] Die nämliche Verpflichtung besteht bezüglich der Anlegung von Kanälen oder Tollen zum Behufe der Entwässerung oder Bewässerung von Grundstücken. In diesem Falle hat der belastete Grundeigenthümer Anspruch auf einfache volle Entschädigung.

Vorbehalten bleibt das Gesetz betreffend Bewässerung und Entwässerung von größeren Grundflächen.

1. Absatz 1 dieses Paragraphen bildete früher einen Bestandtheil des nämlichen Paragraphen wie die alten Bestandtheile des § 147; es war auch in diesen Fällen der doppelte Werth zu ersetzen, jetzt nur noch der einfache, so also namentlich auch bei Gräben für die Wiesenwässerung. Für Letztere soll der Grundsatz zuerst in der Lombardei aufgestellt worden sein.

2. Der Paragraph ist als Ausnahmebestimmung streng zu interpretiren, kann daher nicht auf Abzugstollen aus einem Jauchebehälter (Z. VII, 76) noch auf Ableitung von Wasser aus einem Bergwerk (Z. XXIII, 108 Erw. 2) ausgedehnt werden.

3. Gesetz betr. Bewässerung und Entwässerung von größeren Grundflächen vom 20. Juni 1864 Off. S. Bd. XIII, 267. Hier kommen besonders die §§ 3 und 4 desselben in Betracht.

§ 149.

[582.] Wenn die Frage, ob ein Bedürfniß zu solcher Wasserleitung (§§ 146 bis 148) vorhanden sei, streitig wird, so ist darüber auf dem Wege der Verwaltungsstreitigkeit zu entscheiden. Im Uebrigen gelten die Vorschriften des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege.

1. Es tritt hier ein analoges Verfahren ein, wie bei der Zwangsabtretung von Privatrechten. Die Frage, ob ein Bedürfniß zu einer — gegen den Willen des Nachbarn — demselben aufzulegenden Wasserleitung vorhanden und deßhalb die Belastung gerechtfertigt sei, unterliegt dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, welche vorzüglich geeignet sind, die wirthschaftlichen Rücksichten zu erwägen. Eben so kommt es diesen zu, in streitigen Fällen auch über die Art der Vollziehung nähere Vorschriften zu geben. Zu bloßen Luxuszwecken, wie z. B. zur Anlegung von Springbrunnen u. dgl., darf die Wasserleitung nicht erzwungen werden, auch nicht, wenn der Besitzer des Wasserwerkes oder der Wiese auf seinem eigenen Boden, wenn auch etwas mühsamer, zum Wasser gelangen kann; und die Wünsche des zu belastenden Grundbesitzers, z. B. daß die Leitung nicht etwa unter seinen Gebäuden durchgeführt werde, sind möglichst zu beachten. Ist aber von den Verwaltungsbehörden das Bedürfniß der begehrten Wasserleitung anerkannt, dann kann noch zwischen dem belasteten Grundbesitzer und dem Berechtigten über das Maß der Entschädigung gestritten werden. Diese Frage gelangt zur Beurtheilung an die Gerichte. Erst wenn die Entschädigung ausgemittelt und bezahlt ist, darf die neue Einrichtung durchgeführt werden.

2. Das Gesetz betr. die zürch. Rechtspflege bestimmt darüber in den §§ 630 u. ff. Off. S. Bd. XVIII, 57.

V. Pflanzen von Bäumen.

§ 150.

[587.] Gegen den Willen des Nachbars dürfen Gartenbäume, kleinere Zierbäume und Sträucher nicht näher als sechzig Centimeter an die nachbarliche Grenze gepflanzt werden.

Dieselben müssen überdies bis auf eine Entfernung von vier Meter von derselben so unter der Scheere gehalten werden, daß ihre Höhe nie mehr als das Doppelte ihrer Entfernung beträgt.

1. Vor 1854 galten in den verschiedenen Landesgegenden mancherlei Uebungen über die einzuhaltende Entfernung der Bäume und Gesträuche von der nachbarlichen Grenze. Das Gesetz führte dann ein gleichmäßiges Nachbarrecht auch in dieser Beziehung durch. Derartige Bestimmungen beruhen zwar auf einer billigen Berücksichtigung der Natur und der wechselseitigen Interessen, haben aber in der Festsetzung eines bestimmten Maßes etwas Willkürliches.

2. Bei der Revision des Gesetzbuches ist auf diesen Abschnitt V besondere Sorgfalt verwendet worden, namentlich in der kantonsräthlichen Kommission und in den Berathungen des Kantonsrathes selbst; er hat auch eine klarere Fassung und Disposition erhalten. Die genannte Kommission berichtet über ihre diesfällige Arbeit Folgendes: „Der Titel „Pflanzen von Bäumen" erfuhr mehrfache Ergänzungen und Erweiterungen. So eine feste Bestimmung des „Haltens unter der Scheere", ferner die Aufrundung der Entfernungen, welche Waldbäume und große Zierbäume resp. Obstbäume einzuhalten haben, von den aus der Umsetzung in das Metermaß resultirenden ungeraden 7,5 und 3,6 Meter auf 8 bezw. 4 Meter, und die ausdrückliche Erwähnung der gegenwärtig am häufigsten vorkommenden Zierbäume unter der erstern Kategorie, unter der letztern dagegen der kleinern Zierbäume, meist fremdländischen Ursprunges, welche oft nur als Sträucher gepflanzt werden, aber mit der Zeit, wenn sie nicht unter der Scheere gehalten werden, eine sehr beträchtliche Höhe erreichen und das nachbarliche Grundstück stärker schädigen als gewöhnliche Obstbäume"; endlich eine neue Fassung des § 155. Dies ist dann auch in die Weisung an das Volk aufgenommen worden.

3. Das Gesetz hat nun in den §§ 150 und 151 folgende einfache Stufenleiter aufgestellt:

		Entfernung v. d. Grenze.
a.	Gartenbäume, kleinere Zierbäume unter der Scheere, Sträucher	0,60 m.
b.	Kleinere Zierbäume nicht unter der Scheere, zahme Obstbäume außer Kirsch und Nuß	4,00 „
	neben Rebland	8,00 „
c.	Waldbäume, große Zierbäume, Kirsch- und Nußbäume	8,00 „
	Dazu kommt nach § 152:	
d.	Neben Waldboden alle Bäume und Sträucher	0,50 „

Zu a. Ausgenommen sind die Spaliere, welche mit der Einfriedigung verbunden werden, s. § 162. (Z. IX, 267); ferner Reben (Z. XXII, 74.)

Zu b. Hierunter gehören auch die Zwetschgenbäume.

Zu c. Hierunter die Akazien (Z. XXII, 73 Nro. 28.)

Zu d. Früher (§ 586) wurde neben Waldboden gar keine Klage wegen allzu naher Baumpflanzung gegeben. Die kantonsräthliche Kommission fand dann aber, daß ähnlich wie das Forstgesetz vom 27. Dez. 1860 § 24 (Off. S. XII, 399) bestimmt, daß, wo Staats-, Gemeinds- und Genossenschaftswaldungen an andere Waldungen grenzen, jeder Anstößer 0,45 m an der Grenze frei zu halten habe, damit man leicht

von Stein zu Stein sehen könne, so auch in Privatwaldungen Einzelner eine dießfällige Vorschrift sich rechtfertige.

4. Für die Entfernung der Bäume von Straßengrenzen gelten andere Maße, nämlich die des Straßengesetzes vom 8. Januar 1871 § 26 in Off. S. Bd. XV, 482:

	Entfernung v. d. Grenze.
Von Straßen 1. und 2. Klasse Waldbäume	3,6 m.
„ „ 1. „ 2. „ Fruchtbäume, nicht unter der Scheere	2,4 „
„ „ 3. Klasse alle Bäume	1,67 „
„ „ 1., 2., 3. Klasse Sträucher, Zierpflanzen, niedere Obstbäume unter der Scheere halbe Höhe, minimum (entsprechend dem früheren § 587)	0,6 „

5. Für das Zurücksetzen zu nahe gepflanzter Bäume und Sträucher kann die geeignete Jahreszeit abgewartet werden. (Z. XX, 196.)

6. Diese Distanzen sind auch gegenüber den Gebäuden des Nachbars, und auch dann einzuhalten, wenn zwischen beiden Grundstücken eine Flurstraße liegt. (Z. XXII, 73.)

§ 151.

[583.] Waldbäume und große Zierbäume, wie Pappeln, Kastanienbäume und Platanen, ferner Nußbäume und Kirschbäume dürfen nicht näher als acht Meter, andere sogenannte zahme Obstbäume und kleinere nicht unter der Scheere zu haltende Zierbäume nicht näher als vier Meter von der nachbarlichen Grenze gepflanzt werden. Besteht das angrenzende Grundstück aus Rebland, so ist auch für die letzteren Bäume ein Zwischenraum von acht Meter zu beachten.

Siehe § 150, 2–6.

1. In der kantonsräthlichen Kommission wurde gefragt: „Was ist Rebland? Auch solches, welches zur Zeit nicht mit Reben bepflanzt ist? Es wurde geantwortet: Ja, wenn die Reben bloß vorübergehend, etwa auf Grund des Reblausgesetzes, ausgethan worden sind; dagegen machen ein paar Reben im Garten denselben noch nicht zum Rebland.

§ 152.

[586.] Besteht das angrenzende Land aus Waldboden, so dürfen Sträuche und Bäume jeder Art nicht näher als fünfzig Centimeter an der Grenze stehen und fällt die Pflicht, dieselben unter der Scheere zu halten, weg.

Siehe § 150, 3 d.

§ 153.

[584.] Die Klage auf Beseitigung von Bäumen, welche näher an der Grenze stehen als nach den vorstehenden Bestimmungen gestattet

ist, verjährt nach fünf Jahren seit der Pflanzung des näher stehenden Baumes.

1. Es ist dies nur eine präzisere Fassung des früheren Paragraphen.

§ 154.

[585.] Bäume, welche infolge des früheren Rechtes oder der Zulassung des Nachbars (§ 153) näher an der Grenze stehen, werden zwar in ihrem Bestande geschützt; wenn dieselben aber abgehen, so tritt, abgesehen von besonderen Vereinbarungen und mit Ausnahme des bereits bestehenden Waldbodens, für die Neupflanzung wieder die Regel ein.

1. In der Kommission von 1853/54 kam auch der Gedanke eines Gegenrechtes zur Sprache, wornach der A, dem es gestattet worden, Bäume näher an der Grenze zu haben, oder zu dessen Gunsten die Verjährung des § 153 wirke, auch den Nachbar B nicht hemmen dürfe, ebenfalls Bäume näher an der Grenze zu pflanzen. In Anbetracht aber, daß ein solches Gegenrecht mit dem leitenden Prinzip in Widerspruch stehe und zu neuer Verwirrung und Streit führen würde, wurde die einfache Festhaltung der Regel vorgezogen.

2. Früheren Rechtes s. § 150, 2, 3 d.

3. Vereinbarungen. Diese begründen, wenn sie dinglich gemeint sind, nach § 245 eine Dienstbarkeit.

4. Mit Ausnahme des Waldbodens. Der Waldboden ist seiner Natur nach, so weit er reicht, bestimmt, zu Wald benutzt zu werden. Daher kann, auch wenn ein Stück abgeholzt wird, dasselbe wieder wie vordem angepflanzt werden. Verändert aber der Waldboden auf die Dauer seine Natur und wird in Ackerland oder Wiese umgewandelt, dann hört auch jene Ausnahme auf und es kommen die gewohnten Regeln über neue Baumpflanzung zur Anwendung.

§ 155.

[588.] Steht der Stamm eines Baumes auf der Grenze, so ist der Baum beiden Nachbarn gemeinsam. Für die Größe der Antheile ist das Verhältniß entscheidend, in welchem die Schnittfläche des Stockes auf den beiden Grundstücken liegt.

1. Die kantonsräthliche Kommission sagt unter Verweisung auf das gemeine Recht: „Das bisherige Gesetz erklärte solche Bäume nur „als im Zweifel“ beiden Nachbarn gemeinsam, und die Praxis interpretirte diesen Satz in dem Sinne, daß erst allmälig über die Grenze hinaus gewachsene Bäume ausschließlich zu dem Lande gehören, in welchem sie ursprünglich gepflanzt worden seien. Mit Recht wurde aber diese Praxis als die Interessen des Nachbars nicht schützend beanstandet und wurden daher die Worte „im Zweifel“ gestrichen, so daß in Zukunft ein Baum, sobald und soweit dessen Stamm über die Grenze sich ausdehnt, auch gemeinsames Eigenthum der Anstößer wird.“ Die Weisung an das Volk hat dies wiederholt. Es folgt dies aus dem

Grundsatz, daß, was im Boden wurzelt, zu demselben gehört. (§ 131.) (Vgl. L. 19 pr. Dig. comm. div. X, 3. Wächter, Pandekten II. 128 Anm. 3.)

§ 156.

[589.] Der Eigenthümer des Grundstückes ist berechtigt, soweit nicht besondere Vertragsverhältnisse entgegenstehen, die Wurzeln fremder Bäume, die in seinen Boden herüberragen, zum Behufe der Benutzung seines Eigenthums abzuhauen.

1. Diese Befugniß ist eine Folge des Grundeigenthums, welches auch den Boden mit umfaßt (§ 135). Wenn der Grundeigenthümer bauen oder einen Graben ziehen will auf seinem Boden, so braucht er sich durch die in denselben hinübergreifenden Wurzeln der nachbarlichen Bäume nicht hemmen zu lassen. Er kann dieselben durchstechen und wegräumen. Ebenso wenn er beim Pflügen seines Ackers auf fremde Wurzeln stößt. Aber es wurden die Worte „zum Behuf der Benutzung seines Eigenthums" absichtlich hinzugefügt, damit nicht dem bloßen Muthwillen eines Eigenthümers oder seiner Neigung, den Nachbar zu schädigen, Vorschub geleistet werde. Hat die Zerstörung der fremden Wurzeln nicht in wirthschaftlicher Benutzung des Eigenthums, sondern in dem bösen Willen des Grundbesitzers ihren Grund, so ist sie um des nachbarlichen Verhältnisses willen nicht zu dulden.

2. Besondere Vertragsverhältnisse. Das bloße thatsächliche Gewährenlassen des A, daß der Nachbar B näher an der Grenze Bäume habe, als die gesetzliche Entfernung beträgt, schließt keineswegs die Verbindlichkeit des A in sich, die Wurzeln jener Bäume auf seinem eigenen Boden zu schonen.

§ 157.

[neu.] Vorbehalten bleiben:

1. Die Bestimmungen betreffend Bäume auf solchen Straßen und öffentlichen Plätzen, welche unter der Bauordnung stehen;
2. die polizeilichen Bestimmungen des Straßengesetzes;
3. die Bestimmungen des Forstgesetzes.

1. Das Gesetz betr. eine Bauordnung für die Städte Zürich und Winterthur und für städtische Verhältnisse überhaupt vom 30. Juni 1863. (Off. S. Bd. XIII 143.) (Vgl. Schneider, die privatrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Baurechts im Vergleich mit dem gemeinen Rechte 1865 S. 38 ff.) bestimmt in § 18:

> „Gegen die Anbringung von Bäumen auf Straßen und öffentlichen Plätzen kann keine privatrechtliche Einsprache erhoben werden, wenn dieselben 18 Fuß (5.4 m) von der Baulinie entfernt gepflanzt werden.
>
> Wenn auf schon bestehenden öffentlichen Anlagen Bäume, welche näher stehen, abgehen, so können sie gleichwohl in der bisherigen Linie durch neue ersetzt werden."

2. Das Straßengesetz §§ 26 u. ff. s. § 150, 4.

3. Das Forstgesetz s. § 150, 3 d.

VI. Kappung und Anries.

§ 158.

[590.] Wenn die Aeste oder Zweige eines Obstbaumes oder eines in Kulturland stehenden Strauches oder Waldbaumes in den Luftraum des Nachbars überragen, so hat dieser die Wahl, ob er **Kappung** der Aeste und Zweige verlangen oder ob er das Recht des **Anrieses** benutzen wolle.

1. Das Recht, **Kappung** der überragenden Aeste und Zweige zu verlangen, ist ein Ausfluß des strengen Eigenthumsbegriffes, nach welchem der Eigenthümer jeden körperlichen Eingriff in den Bereich seiner Herrschaft, also auch in den Raum über seinem Boden (§ 135) zurückweisen kann. Das **Anries** dagegen sucht die entgegengesetzten Interessen aus dem Standpunkt der Billigkeit in einer Weise zu vermitteln, bei welcher beiden Nachbarn ein Vortheil zukommt, dem einen, daß sein Baum nicht verletzt werde, dem andern, daß er von dem fremden Baum Früchte gewinne. Der Grundeigenthümer kann nach freiem Ermessen den Weg des strengen Rechtes oder den der Billigkeit betreten. Auch im erstern Fall darf er aber nicht zur Selbsthülfe seine Zuflucht nehmen, sondern er soll den Nachbar nöthigenfalls auf amtlichem Wege zur Kappung anhalten.

2. Dieses Recht gilt auch für die Bäume, die schon vor der Einführung dieses Gesetzbuches gepflanzt waren. (Z. IV, 19; VIII, 68.)

3. Das Recht der Kappung ist sowohl in den Kommissionen als auch im Kantonsrathe selbst eingehend besprochen worden. Nach dem Wortlaute des früheren Gesetzes galt dieses Recht allgemein, also auch bei Waldboden; allein das Obergericht schloß aus der Befugniß, im Wald Bäume bis an die Grenze zu setzen (alt § 586), daß da die Kappung nicht verlangt werden dürfe (Z. XI, 73), indem es zugleich erkannte, daß im Uebrigen auch ein Waldbaum dem Kappungsrecht unterliege. Das ist nun durch die neue Fassung der §§ 158 und 159 Abs. 1 auch gesetzlich klar bestimmt worden. Die kantonsräthliche Kommission sagt: „Im Interesse der Forstkultur wurde, was bis dahin wohl faktisch beobachtet wurde, aber keineswegs aus dem Gesetze gefolgert werden konnte, neu beigefügt, daß bei aneinander stoßenden Wäldern **Kappung** und **Anries** gegenseitig nicht Platz greifen" und das ist auch in die Weisung an das Volk übergegangen.

4. **Kulturland** als Gegensatz von Waldboden gebraucht. Die Worte „in Kulturland stehenden", welche erst in der kantonsräthlichen Berathung in das Gesetz gekommen sind, sind überflüssig, da sie sich nach § 159 Abs. 1 von selbst verstehen und eben so gut zu dem Worte „Obstbaumes" wie zu den Worten „Strauches oder Waldbaumes" passen. Auch Obstbäume, welche in Waldboden stehen, müssen nach § 159 Abs. 1 nicht gekappt werden.

5. **Strauches**. Die kantonsräthliche Kommission beabsichtigte damit auch Grünhecken zu treffen, welche Ranken ins Nachbarland hinüber treiben.

6. In der kantonsräthlichen Kommission wurde beantragt, zu bestimmen, daß die Kappung nur zwischen 1. November und 1. März verlangt werden könne, der Antrag

aber auf die Bemerkung zweier Gerichtspräsidenten hin, daß das schon jetzt ohne besondere Bestimmung immer so gehalten werde, wieder zurückgezogen.

§ 159.

[neu.] Bei Bäumen, welche in Waldboden stehen, kann die Kappung nicht verlangt werden.

Hinsichtlich des Anrieses bleiben überdies vorbehalten die besonderen Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Eintragung von Grunddienstbarkeiten mit Bezug auf das Ueberhängen über Flur- und Feldwege.

1. Vgl. § 158, 3. Anries s. § 160.

2. Das Gesetz betr. die Eintragung von Grunddienstbarkeiten vom 22. April 1862 (Off. Samml. XII, 662) bestimmt in § 31 Abs. 2: „Das Obst von überhängenden Aesten oder Zweigen" (über dem Flur- oder Feldweg) „gehört dem Eigenthümer des Baumes."

3. Wie aber, wenn einer aus Wald Wiese macht? Kann er dann sofort verlangen, daß der Nachbar in seinem anstoßenden Walde die Aeste kappe? Von der regierungsräthlichen Kommission war eine Bestimmung aufgenommen worden, daß die Kappung keine Anwendung finde, wenn und so lange zwei aneinander stoßende Grundstücke mit Wald bepflanzt seien. Die kantonsräthliche Kommission fügte hinzu: „Wird die Kultur eines derselben geändert, so kann dessen Eigenthümer noch fünf Jahre lang von der Fällung der Bäume an gerechnet die Kappung der überhängenden Aeste nicht verlangen", und bemerkte in ihrem Berichte, daß sie das im Interesse der Forstkultur aufgenommen habe. In der Berathung des Kantonsrathes aber wurde auf Antrag des Herrn Professor Landolt die Fassung des ganzen Paragraphen geändert. Es ist nicht mehr die Rede von zwei Grundstücken, sondern einfach von Bäumen, welche in Waldboden stehen, und das gilt also auch von denjenigen Bäumen, welche den Saum des Waldes bilden; sie müssen nie, auch nach 5 Jahren nicht gekappt werden, obgleich das anstoßende Grundstück Kulturland ist, und es kann daher auch keinen Unterschied machen, ob letzteres früher Wald gewesen oder nicht. Wenn nun auch im beleuchtenden Berichte an das Volk die Stelle des Berichtes der kantonsräthlichen Kommission, daß die Kappung in diesem Falle „noch fünf Jahre lang nicht beansprucht werden dürfe" aus Versehen aufgenommen worden ist, so kann dies doch den wahren Sinn des Gesetzes nicht ändern.

§ 160.

[591.] Das Anries besteht in dem Rechte des Nachbars, die überhängenden Früchte zu gewinnen und die überfallenden zu behalten.

1. Das Anries besteht a. in dem Rechte auf den Ueberhang, d. h. die überhängenden Früchte zu pflücken, b. in dem Rechte auf den Ueberfall, d. h. die herübergefallenen aufzulesen und zu behalten.

2. Ein in der Kommission von 1853/54 gestellter Antrag, zu sagen, daß dem Eigenthümer eines Baumes, der nicht überrage, das Recht zustehe, die auf dem Boden des Nachbarn fallenden Früchte zu holen, wurde als überflüssig beseitigt.

VII. Einfriedigung.

§ 161.

[592.] Grünhecken dürfen gegen den Willen des nachbarlichen Grundeigenthümers nicht näher als die Hälfte ihrer Höhe beträgt, jedenfalls aber nicht näher als sechzig Centimeter von der Grenze gehalten werden.

1. Ist die Grünhecke z. B. sechs Fuß hoch, so muß sie mindestens drei Fuß von der nachbarlichen Grenze entfernt stehen. Es versteht sich, daß gemeinsame Grünhecken auf der Grenze selbst gepflanzt werden. (Vgl. Z. VI, 167.)

2. Dies gilt nicht für Hecken, die schon vor der Einführung des pr. GB. vorhanden waren. (Z. VIII, 70; IX, 269.)

§ 162.

[593.] Andere Einfriedigungen, wie sogenannte todte Hecken, Holzwände oder Mauern, welche die Höhe von einhundertfünfzig Centimeter nicht übersteigen, darf der Eigenthümer an der Grenze anbringen und daran auch Spaliere ziehen. Wenn dieselben aber jene Höhe überschreiten, so kann der Nachbar begehren, daß sie je um die Hälfte der Höhe über einhundertfünfzig Centimeter von der Grenze entfernt werden.

1. Ueber die Einfriedigung durch Graben wurde nichts Näheres bestimmt, theils da dieselben, abgesehen von den Straßengraben, als Abgrenzung in Abnahme gekommen sind, theils weil die einfachen Folgerungen aus dem Begriff des Grundeigenthums hinreichen.

2. Die todten Hecken dürfen gleich den Holzwänden und Mauern hart an die Grenze gesetzt werden, weil sie nicht wie die Grünhecken durch Wurzeln und Zweige hinüberwachsen. Aber doch nur, wenn sie nicht die Höhe von fünf Fuß überragen. Ist die Mauer acht Fuß hoch, so muß sie auf Verlangen des Nachbars anderthalb Fuß, ist sie zehn Fuß hoch, so muß sie zwei ein halb Fuß von der Grenze entfernt werden. Im Gegensatz zu andern Ländern, welche den fremden Blick durch höhere Mauern abhalten, hat die einheimische Landessitte niedere Einfriedigungen zur Regel gemacht, und das Gesetz schließt sich ihr an.

3. Betr. die Spaliere vgl. § 150,3 a.

4. In der Kommission wurde der Antrag gestellt, hinzuzufügen: „Der nämlichen Beschränkung unterliegen Ablagerungen von Materialien wie Scheiterbeigen u. dgl. und andere bewegliche Konstruktionen." Der Antrag wurde zuerst angenommen, nachher aber doch wieder abgelehnt, mit der Begründung, daß die Bestimmung leicht zu Streit und Chikane benützt werden könnte, und der Richter auch ohnedies befugt sei, eine den Nachbar schädigende Konstruktion dieser Art, welche als Einfriedigung diene oder sonst etwa auf die Grenze gesetzt werde, zu beseitigen.

§ 163.

[594.] Zum Behufe des Zuschneidens der Grünhecken und der Reparatur von Grenzmauern darf der Eigenthümer, insoweit das Bedürfniß denselben dazu nöthigt, den Boden des Nachbars betreten, nachdem er diesen vorher hievon in Kenntniß gesetzt hat. Entsteht daraus für diesen Schaden, so hat jener dafür Ersatz zu leisten.

1. Es ist das sogen. Hammerschlagsrecht. Das Obergericht hat entschieden, daß dasselbe auch für todte Hecken und Holzwände gelte, und zwar im Unterschiede von der bei Bauten geltenden Regel § 183 auch für die neue Erstellung einer Einfriedigung. (Z. IX, 203.) Das Letztere dürfte bei dem klaren Wortlaut des Gesetzes, welches ausdrücklich nur von Zuschneiden und Reparatur spricht, doch etwas weit gegangen, erscheinen.

§ 164.

[neu.] Bezüglich derjenigen Einfriedigungen, welche an öffentlichen Straßen stehen, gelten die polizeilichen Bestimmungen des Straßengesetzes.

1. Gesetz betreffend das Straßenwesen vom 8. Januar 1871, Off. S., Bd. XV, 476:
„§ 25. Grünhecken dürfen nicht näher, als die Hälfte ihrer Höhe beträgt, in keinem Falle aber näher als 2 Fuß (0,6 Meter) von der Straßenmarke gepflanzt werden, und sie dürfen die letztere nicht überwachsen.
Andere (sogen. todte) Einfriedigungen dürfen unmittelbar außerhalb der Straßenmarke angebracht werden. Sind dieselben jedoch geschlossen, wie Bretterwände, Mauern u. s. f., und übersteigen sie die Höhe von 4 Fuß (1,2 Meter) über der Straße, so sind sie um so viel, als ihre Höhe dieses Maß übersteigt, von der Straßenmarke zurückzusetzen."

2. Eine Verordnung des Regierungsrathes vom 21. Okt. 1886 (Off. S. Bd. XXI, 310) bestimmt: § 1. „Längs öffentlichen Straßen und Fußwegen dürfen nur solche Einfriedigungen erstellt werden, durch welche die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs nicht gefährdet wird.
Einzäunungen mit scharfen Spitzen (z. B. Stacheldraht 2c.) müssen in den letztern mindestens 60 Centimeter vom öffentlichen Gebiete zurückstehen."

VIII. Hut des Viehes.

§ 165.

[595.] Wer ein Grundstück zur Weide benutzt, ist verpflichtet, sein Vieh von der Betretung oder Schädigung des nachbarlichen Grundstückes abzuhalten.

1. Die Ansichten über die Hut des Viehes haben sich mit der Zeit durchaus verändert. In frühern Jahrhunderten war die Gemeinschaft im Feld und in der Weide größer und inniger als heutzutage. Damals mußten daher die Sondergüter, wenn sie vor der gemeinen Weide gesichert sein sollten, abgeschlossen werden, und es lag die Pflicht der Zäunung den betreffenden Sondergutsbesitzern ob. Aber auch die

Genossenschaft pflegte hinwieder für die gemeinsame Umzäunung zu sorgen und dadurch fremdes Vieh von der Weide auszuschließen. Seit der Einführung der Stallfütterung, der allmäligen Auflösung der Feld- und Weidegemeinschaft und der Aufhebung der Weiderechte in den Waldungen kommt eine Pflicht des Grundbesitzers, sein Land vor der Weide fremden Viehes durch Umzäunung zu sichern, nur ausnahmsweise noch vor. Das Gesetz unterließ es daher, darüber Vorschriften zu geben, und begnügte sich, die Pflicht des Weideberechtigten zu gehöriger Hütung des Viehes auszusprechen.

2. Eine Ausnahme siehe in § 269.

3. Ueber die Haftung für Schaden, welchen ein Thier anrichtet, vgl. Art. 65 und 66 des schweiz. OR.

IX. Markung.

§ 166.

[596.] Der Eigenthümer eines Grundstückes ist berechtigt, den Nachbar zu gemeinsamer Bezeichnung der Grenzen (Markung) oder zur Wiederherstellung der beschädigten oder unkenntlich gewordenen Grenzzeichen anzuhalten. Die über die Markung entstehenden Kosten sind von den betheiligten Eigenthümern nach Verhältniß der Ausdehnung ihrer Grenzlinie zu tragen.

Bezüglich der Markung von Staats-, Gemeinde- und Genossenschaftswaldungen gelten die Bestimmungen des Forstgesetzes.

1. Die Markung ist eine gemeinsame Pflicht der beiden Anstößer und geschieht daher auch auf gemeinsame Kosten. Dabei versteht sich aber, daß von dem Nachbarn nur eine der Landesübung gemäße Markung gefordert werden kann. Will einer eine genaue Vermessung und eine Bezeichnung der Marken mit ansehnlichen Grenzsteinen haben, so kann er das wohl auf seine Kosten machen lassen, aber den Nachbar zu ungewöhnlichen Ausgaben nicht anhalten.

2. Das Forstgesetz vom 27. Dez. 1860 (Off. S. XII, 399) bestimmt in § 24, Abs. 2:

„Die Umsteinung ist sorgfältig zu erhalten und fehlende Grenzzeichen sind sofort zu ersetzen."

Nach Abs. 1 das. müssen die Marksteine so gesetzt werden, daß man leicht von Stein zu Stein sehen kann (vgl. § 150, 3) und muß auch da, wo der Wald an Feld oder andere Grundstücke stößt, die Grenzlinie stets aufgeräumt sein, damit dies möglich ist.

X. Recht zu bauen.

§ 167.

[597.] Der Eigenthümer des Bodens ist berechtigt, auf und über demselben ein beliebiges Gebäude zu errichten, soweit er nicht durch die

Baute das Eigenthum des Nachbars oder die nachbarlichen Beziehungen oder die polizeilichen Vorschriften verletzt.

1. Das Recht zu bauen ist nur eine Folge des Grundeigenthums, nicht ein selbstständiges Recht. Wer baut, übt sein Eigenthum in einer bestimmten Richtung aus (§ 135). Beschränkt ist dasselbe

a. durch die Rücksicht auf das Eigenthum des Nachbars. Man darf nicht so bauen, daß einzelne Theile in den Luftraum des Nachbars hinüberragen (§ 168);

b. durch das Nachbarrecht (§§ 169 ff.);

c. durch polizeiliche Vorschriften. Z. B. über die Bedachung mit Ziegeln und über die Festigkeit der Kamine mit Rücksicht auf die Feuerpolizei, über die Ableitung des Regenwassers mit Rücksicht auf die Reinlichkeit und Sicherung der öffentlichen Straßen und Plätze u. dgl. Vgl. Schneider, die privatrechtlichen Bestimmungen des zürch. Baurechtes im Vergleich mit dem gemeinen Recht. Abschn. I: Oeffentrechtliche und privatrechtliche Bauvorschriften.

2. Für die Städte Zürich und Winterthur und Theile der Gemeinden Riesbach, Hottingen, Oberstraß, Unterstraß, Außersihl, Enge, Wiedikon, Horgen, Hirslanden, Fluntern, Veltheim, Bauma, Oerlikon gelten außerdem die Bestimmungen der Bauordnung vom 30. Juni 1863 (Off. S. XIII, 148, vgl. Schneider a. a. O., 38 u. ff.) und für einzelne Quartiere besondere Reglemente der Gemeindebehörden; so für das Bahnhofquartier und die Bahnhofstraße in Zürich das stadträthliche Reglement vom 11. Oktober 1864, Amtl. Samml. Stadt Zürich I, 306; für das Stadelhoferquartier das. I, 121 u. s. f. (Vgl. § 187.)

§ 168.

[598.] Eine Verletzung des nachbarlichen Eigenthumes ist es, wenn ein Theil des Gebäudes, z. B. Altanen, Fensterladen u. dgl., in den Luftraum des Nachbars hinüberragt, oder wenn durch die Vorkehrungen des Eigenthümers eine körperliche Einwirkung auf das Eigenthum des Nachbars begründet wird, z. B. durch Anlegung von Dachtraufen, die sich auf das Grundstück des Nachbars ausgießen.

In der Anlehnung einer neuen Mauer an die an die Grenze reichende Mauer des nachbarlichen Gebäudes liegt keine unerlaubte körperliche Einwirkung auf dasselbe.

1. Körperliche Einwirkung, die sogen. unzulässige Immission von Rauch, Dampf, Wasser, Dünsten. (Vgl. § 188.) Nachweis eines Schadens ist dabei für die Klage auf Beseitigung nicht nothwendig; dagegen wurde zum Begriffe einer solchen, nach einer ältern Theorie unmittelbare, nicht nur mittelbare, Einwirkung verlangt (OG. 1875, 25, Nro. 19.) Dazu wird aber auch die Vermehrung der Feuchtigkeit des Nachbarhauses (sogen. Schneewinkel) gerechnet (B. XIII, 347; Z. IV, 194.)

2. Dachtraufen. Nach der jetzigen Fassung des § 144 liegt in einer solchen nicht immer eine Verletzung des nachbarlichen Eigenthums, sondern nur dann, wenn sie das Wasser nicht in einer für den Nachbar möglichst unschädlichen Weise ableitet.

3. Anlehnung einer neuen Mauer. Dieser Zusatz wurde aufgenommen, um einer Ansicht, die einst zur Praxis zu werden drohte, den scheinbaren Halt zu nehmen, den sie in der Sorge für die unberührbare Freiheit des Eigenthums zu finden vermeinte, der Meinung nämlich, daß die Nachbarmauer nicht berührt werden dürfe, also immer, wenn der Nachbar es verlange, ein leerer Zwischenraum zwischen zwei Mauern offen zu lassen sei. Die städtische Bauweise pflegt die Häuser zu zusammenhängenden Gassen zu verbinden, die ländliche der Dörfer jedes Haus mit Garten, Hof und Zaun als selbstständiges Ganzes zu umgeben. Ein leerer und unbrauchbarer Zwischenraum zwischen den Nachbarhäusern aber von ein paar Fuß wäre weder jener noch dieser Ordnung gemäß, würde die Vortheile beider Einrichtungen entbehren, die Nachtheile beider aufnehmen und das häßliche Bild, man weiß nicht ob einer zerrissenen städtischen Gasse oder eines zusammengedrängten und verunstalteten Dorfes geben.

§ 169.

[599.] Auf noch nicht überbautem Boden darf ohne Zustimmung des Nachbars innerhalb einhundertfünfzig Centimeter von der Grenze kein neues Gebäude errichtet, noch irgend ein Gebäudetheil (z. B. Vordach, Treppe, Sockel) angebracht werden.

Vorbehalten bleiben Bauten an öffentlichen Straßen mit zusammenhängenden Häuserreihen.

1. Die Regel hat ihren Grund theils in der Analogie mit den Bestimmungen über Pflanzen von Bäumen und Anbringung von Einfriedigungen, theils darin, daß dem neu erbauten Hause auch Rechte erwachsen, welche den Nachbar in der Benutzung seines Bodens zum Bauen beschränken, daher bei jener Baute auch den Nachbarverhältnissen billige Rechnung zu tragen ist.

2. Auf noch nicht überbautem Boden. Die Bestimmung findet keine Anwendung für den Fall, wenn ein bereits bestehendes Gebäude z. B. um ein Stockwerk erhöht wird, wohl aber, wenn in einem durch Stützmauern in der Höhe gehaltenen Garten gebaut werden soll. (Z. VIII, 78.)

3. Oeffentliche Straßen. Im früheren Gesetze hieß es „Gassen", es war das Nämliche damit gemeint wie jetzt. Der Natur solcher Häuserreihen entspricht die Benutzung des Bauplatzes bis an die äußerste Grenze, versteht sich, insofern nicht andere Beschränkungen im Wege stehen, wie die wegen Verdunkelung der Räume des Nachbarhauses. Ist die Seitenwand des Nachbarhauses an der Gasse blind (ohne Fenster), oder ist der Bauplatz nebenan auch noch nicht bebaut, so steht durchaus nichts im Wege, daß die Neubaute an derselben im ersten Fall mit dem Nachbarhause verbunden, im zweiten Fall so eingerichtet werde, daß später ein zweites Nachbarhaus an dieselbe unmittelbar angelehnt werde.

4. Noch irgend ein Gebäudetheil (z. B. Vordach, Treppe, Sockel). Vgl. Schneider, Baurecht S. 37. Diese Worte sind dem alten Paragraphen beigefügt worden behufs Beseitigung einer großen Unsicherheit und schwankender Praxis. Zuerst hatte das Obergericht ziemlich streng für alle Theile des Gebäudes an der Entfernung der 5 Fuß (150 cm.) festgehalten. Dann erklärte es, daß „nicht jeder, auch noch so geringe

Vorsprung z. B. ein Dachkennel oder auch ein zumal in bedeutender Höhe nur wenig vorspringendes Vordach mit in Anrechnung zu ziehen sei"; ein 3 Fuß vorspringendes Vordach aber sei unzulässig (Z. VIII, 78; IX, 270); ein solches von 2' 4" wurde auf 1 Fuß reduzirt (Z. XI, 296, 325; XIII, 253), ein solches von 2' 5" in einer Höhe von 21' 3" für zulässig erklärt (Z. XVIII, 52); ferner wurde gesagt, es könne „nicht als unzulässig erscheinen, Fundamentmauern oder Sockel etwas in den Raum der 5' hineinragen zu lassen." (Z. XXIII, 108); ja es wurde sogar erklärt, der Paragraph werde „durch Anbringung einer 3½ Fuß breiten Treppe vor der Hausthüre keineswegs verletzt" (Z. XIII, 252). Dieser Unsicherheit über das Maß eines „mäßigen Vordachs" u. dgl. ist nun eine Ende gemacht durch die ausdrückliche und klare Bestimmung, daß nicht irgend ein Gebäudetheil, also auch kein Dachkennel, in die 150 cm. hineinragen darf. Es wurde in der kantonsräthlichen Kommission zur Begründung dieser Neuerung auch auf ihre feuerpolizeiliche Bedeutung hingewiesen. Natürlich schließt das aber nicht aus, daß die Fensterladen beim Oeffnen und Schließen sich über die freien 150 cm. Boden bewegen. Auch bezieht sich die Bestimmung nicht auf die Frage, ob die Baulinien der Bauordnung durch Gebäudetheile überschritten werden dürfen. Die Praxis hat dieselbe bejaht, und das ist durch den Paragraphen nicht beseitigt.

5. Daraus folgt, daß wenn ein Grundeigenthümer einem andern das Recht einräumt, einen Gebäudetheil innerhalb dieser 150 cm. anzubringen, darin eine Servitut (sogen. positive Gebäudeservitut) des Grundstückes des ersteren liegt. (Z. XXI, 301.)

6. Das Gesetz betr. das Straßenwesen vom 8. Januar 1871 (Off. S., XV, 476) bestimmt in § 27:

„Neue Gebäude und Brunnen müssen bei Straßen I. Klasse wenigstens 8 Fuß (2,4 m.), bei Straßen II. und III. Klasse wenigstens 5 Fuß (1,5 m.) vom Straßengebiet entfernt aufgeführt werden, und kein Gebäudetheil darf in den Luftraum über dem Straßengebiet reichen." Dieser letzte Satz scheint hier die frühere milde Praxis des Obergerichtes zu sanktioniren.

Die Bauordnung (s. § 167, 2) bestimmt in § 20:

„Längs der Straßen und öffentlichen Plätze können die Gebäude unmittelbar auf die Grenze des benachbarten Grundstückes gesetzt werden, soweit nicht privatrechtliche Gründe entgegenstehen.... Seitenfronten, welche nicht auf die Grenze gesetzt werden, müssen wenigstens 12' von der Grenze oder wenn sich auf dem anstoßenden Grundstücke schon ein Gebäude befindet wenigstens 12' von diesem und zugleich mindestens 6' von der Grenze entfernt bleiben." Mit Bezug auf Privatstraßen ist entschieden worden, daß auf die Straßengrenze gebaut werden dürfe, wenn die Straße mindestens 10' breit sei. (U. 887.)

7. „Der Umstand, daß eine Baute das Niveau des Nachbargrundstücks nicht überragt, bildet ein Interpretationsmoment dafür, daß dieselbe nicht als Gebäude zu betrachten sei (U. 2945)," also bis an die Grenze geführt werden dürfe, nimmt ihr aber nicht unter allen Umständen diesen Charakter. (OG. 1885, Nro. 63.)

§ 170.

[600.] Pferde- oder Schweineställe, Kloaken, Dünger- und Lohgruben, Misthaufen und andere dem nachbarlichen Gebäude schädliche Anlagen

sollen wenigstens einhundertfünfzig Centimeter von den benachbarten Gebäuden entfernt bleiben.

1. Der ursprüngliche Antrag war dem Preuß. Landr. I. 8 § 125 entnommen. Es wurden aber die Pferdeställe noch hinzugefügt, deren Nachbarschaft in mehrfacher Beziehung lästig und schädlich ist (auch um der Salpeterbildung willen) und die Grenze von drei auf fünf Fuß erweitert. Die ganze Bestimmung bezieht sich übrigens nur auf neue Anlagen in der Nähe schon vorhandener (oder im Bau begriffener) Gebäude. (Z. XIII, 81.)

2. Dies gilt nicht nur von Jauchetrögen, sondern in der Regel auch von Gruben für Schüttsteinwasser. (Z. XIII, 254.)

3. Das Gesetz betr. das Straßenwesen vom 8. Jan. 1871, Off. Samml. XV, 476, bestimmt in § 28:

„Offene Wasserleitungen, Wassersammler und Düngergruben sind in der Nähe der Straßen gehörig zu überdecken oder einzuzäunen und dürfen nicht näher als 4 Fuß (1,2 m.) vom Straßengebiet angelegt werden; ebenso ist die Ablagerung von Dünger, Stroh, Holz u. s. f. in geringerer Entfernung als 2 Fuß (0,6 m.) untersagt." (Vgl. § 187.)

§ 171.

[601.] Der Eigenthümer eines Gebäudes ist befugt, dem Nachbar einen projektirten Bau zu untersagen, wenn jenem Gebäude in solchem Maße Licht entzogen würde, daß eines oder mehrere Zimmer oder Räume zur Erfüllung ihrer Bestimmung ohne künstliche Mittel, wie Anzünden von Licht u. dgl., unbrauchbar gemacht oder der Werth des Gebäudes um wenigstens den zehnten Theil verringert würde.

1. Diese und die folgenden Bestimmungen sind größtentheils aus dem Baugesetz vom 27. Januar 1835 (Off. S. III, S. 381, ff. § 2) in das Gesetzbuch übergegangen. (Vgl. Schneider, Baurecht 35 ff.)

2. Licht. Die frühere Fassung des Paragraphen sagte statt dessen „Sonnenlicht oder Heiterkeit", und nach dem Kommentar von Bluntschli unterschied man die beiden Dinge so, daß man unter Sonnenlicht die direkten Sonnenstrahlen verstand, unter Heiterkeit die mittelbare (diffuse) Wirkung der Sonnenhelle. Das ist nun Alles unter dem Ausdrucke „Licht" zusammengefaßt.

3. Der Entzug von Aussicht kommt bei der Berechnung der Werthverminderung des Nachbarhauses nicht in Betracht, da derselbe nicht als Einsprachegrund anerkannt wird. So unangenehm es ist, wenn der A durch die Baute des B eine schöne Aussicht z. B. auf den See, oder die Berge, oder einen öffentlichen Platz verliert, und so nachtheilig auch der Einfluß dieses Verlustes auf den Werth seines Hauses sein mag, so muß er es sich doch gefallen lassen, daß der B sein Eigenthum ausübe und ihm die Aussicht verbaue. Ebenso kommt ein Minderwerth wegen Hemmung des Luftzuges nicht in Betracht. (U. 897.)

4. Zur Erfüllung ihrer Bestimmung. Es kommt auf diejenige Bestimmung an, für welche der Raum gebaut oder welcher derselbe bisher vorzugsweise gewidmet

worden ist. Eine bloß vorübergehende Verwendung oder die bloße Möglichkeit einer andern Verwendung in der Zukunft kommt nicht in Betracht. (Z. I, 195.)

5. Unbrauchbar gemacht. Eine Einsprache gegen einen Neubau, durch welchen der Besitzer einer Küche genöthigt worden wäre, an trüben Tagen während des ganzen Tages und bei hellem Himmel täglich bedeutend länger künstliche Beleuchtung anzuwenden, wurde für begründet erklärt (Z. II, 367; IV, 193); eine andere dagegen, weil nur an trüben Tagen in der nachbarlichen Küche um zwei bis drei Stunden länger Licht gebrannt werden müßte, für unbegründet. (Z. IV, 191. Vgl. IV, 192.)

6. Dieses Einspruchsrecht steht auch dem auf dem bedrohten Gebäude versicherten Gläubiger zu (B. III, 453; IV, 52) und kann auch publizianisch, d. h. vom rechtmäßigen Besitzer geltend gemacht werden. (Z. VIII, 60.)

7. Eine Ausnahme macht § 173.

§ 172.

[602.] Der Eigenthümer eines anderen Grundstückes ist zur Einsprache befugt, wenn demselben durch Entzug von Sonnenlicht ein namhafter landwirthschaftlicher Schaden zugefügt würde.

1. Wenn dieser Paragraph auch schließlich unverändert aus den Berathungen hervorgegangen ist, so hat er doch in den Kommissionen sehr viel zu sprechen gegeben, weil man von verschiedenen Seiten größere Bestimmtheit wünschte.

Der Kommentar von Bluntschli sagte nur: „Die bloße Beschattung für sich allein gilt nicht als Einsprachegrund, sondern nur in Verbindung mit einem erheblichen Schaden für die Landwirthschaft."

In einer Reihe von Entscheidungen ist gesagt worden, der Betrag des Schadens an sich, ohne Beziehung auf den Gesammtertrag des betreffenden Grundstückes müsse in's Auge gefaßt werden (Z. XX, 200 und die dort angeführten Entscheidungen); und dabei ist erklärt worden als zur Einsprache

		genügend	ungenügend
		ein Schaden von	
M. IX, 79	im Jahre 1837	1 fl. 27 ß. = 3 Fr. 90.	
B. II, 428 Nr. 12	„ 1841		1 fl. 11 ß. 2 Hlr. = 3 Fr.
B. XII, 300	„ 1850	4 fl. = 9 Fr. 33.	
B. XIX, 376	„ 1854		3 Fr.
Z. VIII, 80	„ 1859	8 Fr. 25.	5 Fr.
Z. X, 343	„ 1861	11 Fr. 13.	6 Fr. 75.
Z. XVIII, 53	„ 1866		3 Fr. bis 3 Fr. 75.
Z. XX, 200	„ 1868	mindestens 8 Fr.	

Diese Tabelle ergibt, daß bis zum Jahre 1859 als zur Einsprache genügend ein jährlicher Schaden von 3 Fr. 90, dagegen als nicht genügend ein solcher von 3 Fr. angesehen wurde. In diesem Jahre wurde, was bei dem Sinken des Geldwerthes begreiflich ist, die Größe des für die Berechtigung zur Einsprache vorausgesetzten Schadens erhöht, und zwar wohl successive, bis er zuletzt auf mindestens 8 Fr. per Jahr angesetzt wurde. Es schien nun der Kommission nicht gerechtfertigt, gesetzlich einen be-

stimmten Betrag für die Zukunft aufzustellen, da, wie sie in ihrem Berichte an den Regierungsrath sagt „die Verhältnisse sehr verschieden und auch am nämlichen Orte schwankend seien und sich darüber bereits eine feste Gerichtspraxis gebildet habe."

2. Es wurde in der regierungsräthlichen Kommission auch der Antrag gestellt, zu bestimmen, daß eine Baute trotzdem daß sie einen gewißen Schaden verursache, gestattet werde, jedoch nur gegen Ersatz dieses Schadens, der durch Kapitalisirung des Jahresertrages zu berechnen sei, nach dem Muster des glarnerischen Rechtes. Dieser Antrag wurde jedoch grundsätzlich abgelehnt. Wo ein nach den Regeln des Nachbarrechtes zu duldender Schaden verursacht wird, wird damit nicht ein erworbenes Recht verletzt und hat darum auch nicht eine Expropriation stattzufinden; wo der Schaden nicht zu dulden ist, soll man den Grundeigenthümer auch nicht gegen Entgelt ihn auf sich zu nehmen zwingen. Die nationalökonomischen Rücksichten, welche bei Weiher- und Kanalanlagen zu abweichenden Bestimmungen geführt haben, treffen hier nicht zu.

3. Eine Ausnahme macht § 173.

§ 173.

[603.] Diese Einsprache (§§ 171 und 172) fällt weg, wenn die Entfernung zwischen den einander zunächst gelegenen Punkten des neu zu errichtenden oder zu verändernden Gebäudes und des nachbarlichen Gebäudes oder Grundstückes wagrecht gemessen größer ist als die Höhe des ersteren in seiner projektirten Gestalt von der First auf die Erdoberfläche, und zwar auf dem nächstgelegenen Punkte senkrecht gemessen; ebenso wenn zwischen beiden eine Straße erster Klasse mit der gesetzlichen Breite liegt.

1. Erster Klasse; das frühere Gesetz sagte „erster oder zweiter Klasse." Als dasselbe erlassen wurde, galt noch das Straßengesetz vom 18. Apr. 1833 (Off. S. III, 116.) Gemäß § 31 desselben hatten die Straßen erster Klasse eine Breite von 24 Fuß, diejenigen zweiter Klasse eine solche von 18—20 Fuß. Die städtische Bauordnung vom Jahre 1863 (s. § 167, 2) drückte sich in Uebereinstimmung damit bestimmter so aus: „eine Straße von 18 Fuß (5,4 Meter) Breite." Das neue Straßengesetz vom 8. Januar 1871 (Off. S. XV, 476) bestimmt nun aber in § 11, daß die Kronenbreite der Straßen erster Klasse wenigstens 18 Fuß (5,4 Meter) betragen solle. Es ist also nur der Wortlaut unseres Paragraphen geändert, sein bisheriger Sinn aber beibehalten worden.

§ 174.

[604.] Wenn ein bestehendes Gebäude zerstört oder in seinem Umfange vermindert wird, so hat der Eigenthümer zehn Jahre lang ohne Rücksicht auf die Beschränkungen der §§ 171 und 172 das Recht, dasselbe in dem früheren Umfange herzustellen, und während der ersten drei Jahre das Recht gegenüber von Neubauten seiner Nachbarn Einsprache zu erheben, wie wenn sein Gebäude noch vorhanden wäre.

1. Wie wenn sein Gebäude noch vorhanden wäre. Der Eigenthümer eines abgebrannten Hauses kann daher, obwohl er einstweilen keine Zimmer mehr hat, doch gegen eine Neubaute des Nachbarn binnen drei Jahren Einsprache machen, wenn durch dieselbe die Räume, die er früher besessen, verdunkelt würden.

§ 175.

[605.] Der Eigenthümer eines Bauplatzes oder Gebäudes wird innerhalb zehn Jahren, seitdem sein Nachbar gebaut oder höher gebaut und an der jenem zugewendeten Mauer Fenster ausgebrochen hat, durch die Rücksicht auf diese nicht gehindert, seinerseits ebenfalls zu bauen oder höher zu bauen, auch wenn dadurch jene Fenster zugedeckt werden sollten. Nach dieser Zeitfrist tritt die gewohnte Regel über Beschränkung des Baurechtes ein.

1. Auf der einen Seite wird die Freiheit des bauenden Eigenthümers, an seiner Mauer Fenster auszubrechen und Licht zu gewinnen, anerkannt, auf der andern Seite soll aber auch der Eigenthümer des anstoßenden Bauplatzes oder des niedern Nachbarhauses nicht weil ihm jener zuvorgekommen nun um jener Fenster willen verhindert werden, höher zu bauen. Während zehn Jahren bleibt ihm vielmehr das Recht gesichert, ohne Rücksicht auf jene Fenster ebenfalls ein Gebäude aufzuführen. So lange ist daher der erste Hauseigenthümer in dem ausschließlichen Genusse seiner Fenster nicht gesichert. Wenn aber die thatsächlichen Verhältnisse zehn Jahre lang angedauert haben, ohne daß der Nachbar auch seinerseits baute, so haben sie rechtlichen Bestand gewonnen, und von da an wird dieser, wenn er nun bauen will, durch dieselben beschränkt. Er kann sich übrigens auch durch Reverse, sei es persönlich, sei es, wenn sie in das Grundprotokoll (§ 242) eingetragen werden, als dingliche Dienstbarkeit das Recht sichern, auch nach zehn Jahren noch ungehemmt zu bauen.

2. Die gewohnte Regel: §§ 171, 173. Vgl. OG. 1879 Nro. 24.

§ 176.

[606.] Wenn der Eigenthümer eines Gebäudes durch die Errichtung von Kaminen, Feuerherden, Oefen u. dgl. in dem nachbarlichen Gebäude gefährdet wird und nicht schon auf polizeilichem Wege die Abwendung der Gefahr erlangt, so ist er berechtigt, sein bedrohtes Privatrecht auf gerichtlichem Wege zu schützen.

1. Zunächst ist es Sache der Polizeigewalt, Einrichtungen, welche für die gemeine Sicherheit gefährlich erscheinen, zu untersagen und zu beseitigen. Aber insoweit aus der nachbarlichen Baute eine Gefahr für das Privatrecht sich ergibt, steht dem bedrohten Hausbesitzer auch das Recht zu, gerichtlichen Schutz für sein Privatrecht anzurufen. Dieser Schutz kann daher auch da gewährt werden, wo die Polizei aus öffentlichen Gründen einzuschreiten sich nicht für veranlaßt hält. Die privatrechtliche Einsprache wird durch die Einwilligung des Nachbars in die betreffende

Einrichtung beseitigt, nicht aber das polizeiliche Verbot gehindert, das auf dem öffentlichen Rechte beruht. (Z. II. 368. Vgl. Schneider, Baurecht S. 5 u. ff.)

2. „Gegen eine Baute, deren Benutzung in keiner andern Weise denkbar ist, als daß sie den Eigenthümer eines nachbarlichen Gebäudes gefährdet, kann von vornherein inhibirt und braucht nicht erst die Benutzung derselben abgewartet zu werden." (OG. 1884 Nro. 10.)

§ 177.

[607.] Back-, Brenn- oder Schmelzöfen und Feueressen dürfen an einer gemeinsamen oder dem Nachbar zugehörigen Scheidewand ohne dessen Zustimmung nicht angelegt werden.

1. Vgl. preuß. Landr. I. 8. § 133, welches der Feueressen nicht ausdrücklich erwähnt, dagegen sogar die gewöhnlichen Feuerherde (also wohl auch die Kamine) beschränkend beifügt.

2. Ist der Ofen ohne Zustimmung des Nachbars erstellt worden, so darf er nicht benutzt werden. (Z. XII, 117.)

§ 178.

[608.] Die Anlegung von Schornsteinen und Kaminen ist an die vorgenannte Beschränkung nicht gebunden.

1. Es versteht sich, daß die Schornsteine und Kamine immerhin gehörig eingefaßt sein müssen, sonst würde § 176 zur Anwendung kommen.

§ 179.

[609.] Ueber eine gemeinschaftliche Mauer kann jeder Nachbar auf seiner Seite bis zur Hälfte ihrer Dicke in seinem Interesse insofern verfügen, als nicht durch diese Verfügung die Bestimmung der gemeinsamen Mauer für die Scheidung und Sicherung der beiden Gebäude beeinträchtigt wird; der Bauende hat aber vorher dem Nachbar von der beabsichtigten Bauveränderung Anzeige zu machen.

1. Vgl. preuß. Landr. I, 8 § 135. Es ist dies eine Anwendung des § 110.

2. Eine gemeinsame Scheidemauer zweier Häuser kann nicht von einem Miteigenthümer ohne die Einwilligung des andern untermauert werden (Z. V, 452); dagegen kann nach der Ansicht des Obergerichtes Jenem nicht verweigert werden, dieselbe in seinem alleinigen Interesse und auf seine Kosten zu erhöhen, vorausgesetzt, daß sie stark genug ist, um die Erhöhung zu tragen, und daß der andere Miteigenthümer nicht sonst in seinem Rechte benachtheiligt wird. (U. 789.) Ja er soll sogar zu diesem Zwecke die Mauer ganz niederreißen und in größerer Stärke wieder aufführen dürfen gegen den Willen des Miteigenthümers. (Z. XX, 197 Nro. 40.)

3. Unter der nämlichen Voraussetzung kann auch ein Miteigenthümer der Scheidemauer ohne den Willen des andern einen Vorsprung abschroten. (Z. XX, 199.)

4. Die Vermuthung spricht bei Scheidemauern für Miteigenthum an der ganzen Mauerdicke, nicht für Sondereigenthum an der Hälfte derselben. (Z. XVII, 211 Erw. 3.) Der Grenzstrich bezeichnet nur die Grenze der Dispositionsbefugniß. (Z. XX, 199 Nro. 41. Vgl. Code Nap. Art. 653, 656, 661.)

§ 180.

[610.] Ueberdies dürfen Wandschränke oder derartige Vertiefungen, welche in die gemeinsame Mauer eingelassen werden, ohne Zustimmung des Nachbars nicht unmittelbar auf ähnliche Anlagen stoßen, welche dieser zuvor schon auf seiner Seite gemacht hat.

1. Es liegt hierin eine weitere Beschränkung der Benutzung einer gemeinsamen Mauer zu Sonderzwecken. Auch wenn die Sicherheit der Mauer durch eine derartige Einlassung von zwei Seiten her nicht gefährdet werden sollte und die Scheidung beider Häuser noch erhalten wird, so gibt doch schon das Vorhandensein einer Einsenkung auf der einen Seite einen Einsprachegrund gegen die unmittelbar anstoßende Anbringung einer zweiten von der andern Seite. Die praktische Wirkung dieser Bestimmung, die meist mit der Beschränkung des § 179 zusammentreffen wird, ist, daß der Beweis hier leichter ist als dort.

§ 181.

[611.] Anlagen, durch welche ein schon vorhandener Brunnen eines Anderen verunreinigt oder unbrauchbar gemacht würde, sind unzuläßig.

1. Dieser Grundsatz ist dem preuß. Landrecht I. 8. § 129 entnommen. Die Worte „eines Andern" statt der Worte „des Nachbarn" wurden aus dem Grunde beliebt, damit nicht etwa ein Dritter, dessen Grundstück nicht unmittelbar an den Boden grenze, auf dem der Brunnen stehe, sich darauf berufen könne, er sei ja kein „Nachbar". Auch der entferntere Dritte darf nichts vornehmen, wodurch der Brunnen verunreinigt würde. Es versteht sich, daß auch dieser Grundsatz nicht als absolute Regel, sondern den Verhältnissen gemäß auszulegen ist. Wenn z. B. eine Brunnenleitung des A in geschlossenen Teucheln oder Röhren durch die Wiese des B geht, die Leitung aber schadhaft geworden ist, so wird B nicht gehindert, seine Wiese mit Gülle zu beschütten, ungeachtet der Brunnen des A in Folge dessen verunreinigt wird. Denn diese Verunreinigung hat der A selbst verschuldet, der die Leitung nicht in gehörigem Stand erhalten hat.

§ 182.

[612.] Der Eigenthümer darf auch nicht durch Graben auf seinem Boden dem vorhandenen Brunnen eines Anderen das nöthige Wasser

entziehen. Im Uebrigen ist er nicht gehindert, auch auf seinem Boden zu graben, selbst wenn infolge dieser Benutzung seines Bodens der nachbarliche Brunnen an Fülle des Wassers einbüßen sollte.

1. Eine ganz entgegengesetzte Bestimmung, die dann freilich im Widerspruch mit der vorhergehenden ist, hat das preuß. Landr. I. 8. § 130, wonach der Grundeigenthümer durch Grabung eines Brunnens auf eigenem Gebiete keine Rechtsverletzung begeht, auch wenn der ältere Brunnen des Nachbars völlig trocken gelegt würde. Das preußische Landrecht betont hier wieder die absolute Herrschaft des Grundeigenthümers, der vornehmen darf, was er will. Unser Gesetz dagegen beschränkt dieselbe theils in Erwägung, daß die Natur des Gewässers, das innerlich verbunden ist, sich dem ausschließlichen Eigenthum entzieht, theils im Interesse des Bestandes der vorhandenen Brunnenanlagen.

2. Brunnen. Dazu genügt, daß das Quellwasser in einer wenn auch primitiven Brunnenstube gefaßt und durch weitere künstliche Vorrichtungen geleitet worden ist (Z. XXII, 432); oder daß eine Quelle bereits gefaßt und damit die Herstellung eines Brunnens bereits begonnen ist und weiter geführt wird. (Z. XVII, 17 Erw. 3.) Dagegen nicht, wenn bloß die Quelle benutzt wurde, ohne daß besondere Brunnenvorrichtungen vorhanden waren. (U. 912 und 2916, ferner OG. 1881 Nro. 109) oder wenn zwar eine Leitung bestanden hat, aber dieselbe zerfallen und das Wasser nicht mehr verwendet worden ist. (Z. XIV, 235.)

3. Eines Andern, nicht nothwendig eines Nachbars, wenn auch im Verlaufe des Paragraphen von dem nachbarlichen Brunnen die Rede ist. (Z. XXIII, 112, vgl. § 181, 1)

4. Das nöthige Wasser. Wie viel das sei, das wird bestimmt theils mit Rücksicht auf die Anlage und Einrichtung des Brunnens, theils mit Rücksicht auf die Bedürfnisse derjenigen Liegenschaften und Häuser, für welche er bestimmt ist, auch wenn letztere erst im Bau begriffen sein sollten; es ist darauf zu sehen, daß namentlich in trockener Zeit die auf den Brunnen angewiesenen Personen nicht durch den Entzug erheblich belästigt werden. (Z. XVI, 251; XX, 209 Erw. 1.)

5. Entziehen, auch nicht durch einen Sodbrunnen. (Z. XVI, 251.)

6. Der Paragraph verbietet nicht, dasjenige Wasser, welches einem bestehenden Brunnen zugekommen, aber wieder verloren worden war, wieder zu sammeln, auch wenn dadurch der Brunnen eines Andern beeinträchtigt wird. (Z. XVI, 459 Erw. 8 u. ff.)

§ 183.

[613.] Soweit die bauliche Wiederherstellung oder Reinigung eines Gebäudes die Betretung oder vorübergehende Benutzung des nachbarlichen Bodens unentbehrlich macht, muß sich der Nachbar dieselbe gefallen lassen.

1. Vgl. § 163. Es ist das das sogenannte Hammerschlagsrecht. Neubauten sind dabei nicht verstanden. Wer eine Neubaute unternimmt, muß die Einwilligung des Nachbarn einholen, wenn er dessen Boden betreten und zum Behuf der Gerüste benutzen will. (OG. 1875 94 Nro. 3.)

2. Benutzung. So auch die Anlegung des Materials an die Mauer des Nachbars, soweit dieser nicht dadurch in seiner eigenen nothwendigen Benutzung beeinträchtigt wird. (Z. VIII, 81 Nr. 57.)

§ 184.

[614.] Entsteht hieraus für den Nachbar Schaden, so ist der Eigenthümer des Gebäudes verpflichtet, ihm dafür vollen Ersatz zu leisten.

§ 185.

[615.] Ebenso ist er verpflichtet, von jener Befugniß einen für den Nachbar möglichst wenig lästigen Gebrauch zu machen und demselben vorher rechtzeitig von dem beabsichtigten Gebrauche Kenntniß zu geben.

§ 186.

[616.] Dieselben Grundsätze finden auch auf die Reinigung und Wiederherstellung bereits bestehender Kloaken und Abtrittgruben, sowie von Brunnen Anwendung.

1. Der Nachbar muß sich auch hier das gefallen lassen, was nicht entbehrt werden kann, sollen die Menschen die bestehenden Einrichtungen neben einander haben und benutzen können. Unsere Vorfahren hießen die Kloaken „Ehegraben", weil sie von dem gemeinsamen Rechte („Ehe" im alten Sinn) geordnet und geschützt waren.

§ 187.

[neu.] Mit Bezug auf städtische Verhältnisse bleiben die besonderen Bestimmungen der Bauordnung, mit Bezug auf Bauten an Straßen diejenigen des Straßengesetzes vorbehalten.

Vgl. betr. die Bauordnung § 167, 2, § 169, 6, § 173, 1; betr. das Straßengesetz § 169, 6; § 170, 3.

XI. Schädliche Benutzung des Eigenthums.

§ 188.

[617]. Der Eigenthümer eines Wohnhauses oder einer Stallung ist berechtigt, gegen eine Benutzung des nachbarlichen Bodens oder Hauses, welche der Gesundheit von Menschen oder Vieh schädlich ist, z. B. durch Verbreitung schädlicher Dünste, polizeilichen und nöthigenfalls gerichtlichen Schutz zu begehren.

1. Schädlich. Z. B. Der Nachbar trifft in seiner Fabrik Einrichtungen, in Folge welcher die Luft umher mit einer Phosphorverbindung erfüllt wird, die bei Menschen und Vieh Krankheiten hervorruft.

2. Polizeilich und nöthigenfalls gerichtlich. Früher sagte das OG.: Sobald von Demjenigen, welcher aus einem solchen Grunde Einsprache erhebt, bei den Polizeibehörden um Abhülfe nachgesucht worden ist, haben die Gerichte die Frage, ob auch aus privatrechtlichen Gründen die Beschwerde gerechtfertigt sei, erst dann zu entscheiden, wenn der angerufene polizeiliche Schutz nicht gewährt worden ist. (U. 916.) In neuester Zeit hat es nun aber geradezu erklärt, daß in den Fällen der §§ 188 und 189 überhaupt zuerst der polizeiliche Schutz in genügender Weise nachgesucht werden müsse. (OG. 1886 Nro. 40.)

§ 189.

[618, 619.] Eine an und für sich erlaubte Benutzung des Bodens oder Hauses dagegen, welche bloß auf die Augen, Ohren oder die Nase des Nachbars unangenehm einwirkt, berechtigt noch nicht zur Einsprache.

Nur wenn dieselbe im Uebermaß oder lediglich um den Nachbar zu ärgern geübt wird, kann dieser auch gegen eine solche übermäßige oder böswillige Benutzung die polizeiliche und nöthigenfalls die gerichtliche Hülfe anrufen.

Vorbehalten bleiben für städtische Verhältnisse die Bestimmungen der Bauordnung.

1. Unangenehm. Z. B. Die Augen können leicht durch offene Waschanstalten des Nachbars, die Ohren durch das Gehämmer eines benachbarten Kupferschmids, aber auch durch die musikalischen Uebungen eines anfangenden Geigers oder Klavierspielers, die Nase durch die Ausdünstung einer Seifenfabrik oder Gerbe oder Färberei empfindlich beleidigt werden, und es ist sogar möglich, daß der Werth eines Wohnhauses um solcher vielleicht neuen Nachbarschaft willen bedeutend fällt. Dennoch sind keine hinreichenden Gründe da, um den Nachbar in der an und für sich durchaus zulässigen Benutzung seines Eigenthums zu hindern. Die Freiheit des Grundeigenthümers ist hier das entscheidende Prinzip und die Betrachtung sowohl der nöthigen Mannigfaltigkeit der Berufsweisen als der verschiedenen Grade von Reizbarkeit der Individuen warnt vor andern Beschränkungen derselben, als vor denen des Uebermaßes und des bösen Willens.

2. Die Bauordnung (s. § 167, 2) geht im Schutze gegen unangenehme Einwirkungen von Seite eines Nachbars viel weiter als das privatr. Gesetzbuch; sie bestimmt in § 55:

„Ist ein Gebäude zur Aufnahme von Werkstätten oder andern Etablissementen bestimmt, deren Betreibung nach den §§ 188—190 des privatr. Gesetzbuches als zulässig erscheint, die aber einen schlechten Geruch oder üble Ausdünstungen verbreiten, oder durch übermäßigen Rauch oder Staub den Nachbarn in erheblichem Maße beschwerlich fallen, so ist der Bauherr verpflichtet, einerseits die betreffenden Räume gegen die Straße gehörig abzuschließen, anderseits durch

Erstellung von Abzugskaminen, die über die Firsthöhe der benachbarten Häuser hinausreichen, und durch andere hiefür geeignete Vorkehrungen die Belästigung der Nachbarschaft möglichst zu vermindern.

Ebenso haben die Eigenthümer von Gebäuden, für deren Feuereinrichtungen die Verwendung von Steinkohlen in Aussicht genommen wird, durch angemessene Vorkehrungen einer übermäßigen Belästigung der Nachbarschaft durch Rauch möglichst vorzubeugen."

3. Die Behörden haben auf Grundlage dieses Paragraphen die Einsprache gegen den Betrieb einer Gasanstalt verworfen (Z. XVII, 394), die gegen den Betrieb einer Leimsiederei dagegen gutgeheißen (Z. XI, 445) und erklärt, daß man sich das Herüberströmen von Rauch, welches nicht im Uebermaß geschehe und nicht absichtlich bewirkt werde, sondern lediglich die natürliche Folge einer bloß gewöhnlichen Benutzung, insbesondere eines Wohngebäudes sei, gefallen lassen müsse. (Z. XV, 25 Erw. 1 u. 8.)

4. Böswillig, sogen. Chicane. Es ist hier nur von der Benutzungsweise, nicht von einer baulichen Vorrichtung die Rede. (Z. V, 135.)

§ 190.

[620.] Der Eigenthümer eines landwirthschaftlichen Grundstückes kann gegen eine Benutzung des nachbarlichen Grundstückes gerichtliche Einsprache erheben, wenn ihm durch dieselbe ein namhafter landwirthschaftlicher Schaden erwächst, und ebenso der Eigenthümer eines Gebäudes, wenn die Bestandtheile seines Gebäudes oder die in demselben befindlichen und zu dem Gebrauche desselben erforderlichen Sachen um jener Benutzung willen eine erhebliche Schädigung erleiden.

1. Landwirthschaftlichen Schaden. Die Ausdünstung gewisser chemischer Fabriken wirkt erfahrungsgemäß zerstörend auf das Wachsthum von Bäumen und Pflanzen in einem Luftkreise um dieselbe her. Insoweit daher hier ein namhafter Schaden — geringfügiger wird nicht beachtet — nachgewiesen werden kann, hat der Landwirth ein Recht, die so schädlich wirkende Benutzung der Fabrik zu hemmen, und der Fabrikbesitzer wird genöthigt, entweder dieselbe aufzugeben oder sich mit ihm abzufinden, sei es, indem er ihm sein Eigenthum abkauft oder etwa ein Recht auf Dienstbarkeit erwirbt.

2. Welcher Schaden ist namhaft? S. § 172, 1. Erhebliche Schädigung „wird bewirkt durch jede Veränderung, welche eine erhebliche Verminderung des Gebrauchs, und dem entsprechend des Kaufwerths in sich schließt." Dem Rußniederschlag wurde in einem Falle vom Gericht diese Wirkung zugeschrieben. (OG. 1881 Nro. 37.)

3. Die — zu dem Gebrauch des Gebäudes erforderlichen Sachen. Es genügt zur Einsprache keineswegs, daß z. B. das vorhandene Silberzeug um der nachbarlichen Dünste willen „anläuft", noch daß besonders empfindsame Sachen — wie gewisse Apothekerwaaren, oder gewisse gefärbte Stoffe — um deßwillen Schaden leiden, damit der Nachbar in der Ausübung seines Berufes beschränkt werde. Nur wenn die gewöhnlich zur Benutzung einer Wohnung dienenden Gegenstände unbrauchbar werden, wegen der Einwirkung der vom Nachbar her zufliegenden Dünste, ist die Ein-

sprache begründet: ein Fall, der übrigens nicht leicht eintreten wird, ohne daß zugleich ein Einspracherecht wegen Schädigung der Gesundheit von Menschen oder Thieren vorhanden ist.

4. Dieser Paragraph findet keine direkte Anwendung gegenüber der Benutzung öffentlicher Straßen oder Flüsse. (Z. XXIV, 44 Erw. 11; OG. 1885 Nro. 68.) In der erstern dieser beiden Entscheidungen ist auch die analoge Anwendung ausgeschlossen worden, in der zweiten nicht.

D. Verlust des Eigenthums an Liegenschaften.

§ 191.

[621.] Das Eigenthum an Liegenschaften wird für den bisherigen Eigenthümer verloren:

a. durch Veräußerung derselben in Form der kanzleiischen Fertigung;
b. durch seinen Tod;
c. durch den Untergang der Sache;
d. dadurch, daß die Sache dem Privateigenthum entzogen wird (§ 60).

Vorbehalten bleiben:

1. die Bestimmungen betreffend den Uebergang des Eigenthums bei Zwangsenteignungen sowohl nach kantonalem wie nach eidgenössischem Rechte;
2. die Bestimmungen des Gesetzes über die Eintragung von Grunddienstbarkeiten betreffend den Uebergang des Miteigenthums an Flur- und Feldwegen.

1. Untergang der Sache. Z. B. durch Verschüttung in Folge eines Bergsturzes oder Versenkung in einen See. (§ 194.)

2. Dem Privateigenthum entzogen. Z. B. Ein Stück Ackerfeld wird in eine öffentliche Straße verwandelt.

3. Zwangsenteignungen s. § 117, 4; Miteigenthum an Flur- und Feldwegen s. § 117, 5.

§ 192.

[622.] Die bloße außerkanzleiische Verzichtleistung des Eigenthümers zerstört sein Eigenthum nicht. Wird dieselbe aber in dem Grundprotokolle eingetragen, so wirkt sie auch dann, wenn ausnahmsweise keine Uebertragung des Eigenthums damit verbunden ist.

1. Außerkanzleiische Verzichtleistung. Gesetzt also, ein Grundeigenthümer verläßt sein Grundstück und will das Eigenthum daran völlig aufgeben, er

wandert aus. Dennoch ist er, bis der Verzicht im Grundbuch konstatirt ist, noch als Grundeigenthümer zu betrachten und auch, so weit möglich, zu behandeln, d. h. man fordert von ihm die Steuern und Zinse, die auf dem Gut haften. Aber er kann allerdings zum Behuf der Vereinigung des Protokolls auch gerichtlich aufgefordert werden, sich über den Verzicht zu erklären, und die Annahme und Protokollirung desselben verfügt werden.

2. Durch Aufgeben (Dereliction) des Bachbordes eines Grundstücks, auf welchem die Reallast des Uferschutzes ruht, befreit der Grundeigenthümer sich von dieser nicht, da sie eben auf dem ganzen Grundstück ruht. (Z. VI, 144.)

§ 193.

[623.] Ist ein Anderer durch Ersitzung Eigenthümer geworden (§ 125), so wird das bisherige Eigenthum in dem Momente der Eintragung der Ersitzung in das Grundprotokoll zerstört.

§ 194.

[624.] Eine vorübergehende Ueberschwemmung oder Ueberschüttung des Grundstückes wirkt nicht zerstörend auf das Eigenthumsverhältniß, wohl aber eine dauernde Ueberfluthung des Grundstückes durch ein öffentliches Gewässer oder eine derartige Ueberschüttung desselben durch einen Bergsturz, daß dasselbe nicht wieder hergestellt oder nicht weiter zu Eigenthum benutzt werden kann.

Drittes Kapitel.

Eigenthum an beweglichen Sachen.

Erwerb und Verlust des Eigenthums.

A. Zueignung.

§ 195.

[625.] Wer an einer herrenlosen Sache Besitz ergreift in der Absicht, sich dieselbe zuzueignen, wird durch diese Besitzergreifung Eigenthümer derselben.

1. Herrenloser Sache. Vgl. § 62, 1. Das österr. Ges. § 381 heißt diese Sache „freistehende“, ein Sprachgebrauch, der auch in mehrere Schweizer Gesetze übergegangen, aber weder volksthümlich noch gut gewählt ist.

2. Besitzergreifung. In der Zueignung, Aneignung (Okkupation) erkennen wir die ursprünglichste Form der Eigenthumsbildung. Das Erste war, daß der Mensch die Sachen, deren er sich zu seinem Dienste bemächtigen

konnte, Früchte, Thiere u. s. f., ergriff und thatsächlich sich unterwarf, d. h. Besitz daran erwarb. Das Zweite war, daß er fühlte, später sich bewußt wurde, es gebühre ihm (der Person, dem höhern Geisteswesen) Herrschaft über die Thiere und die Sachen, die kein Leben für sich haben, d. h. daß er den Besitz zum Recht, zum Eigenthum erhob. Die Entwicklung dieser einfachen Begriffe hat Jahrtausende von Arbeit erfordert; die Anfänge derselben sind aber noch deutlich zu ersehen, weil sie sich, wenn auch nur in beschränkten Anwendungen, noch wiederholen.

I. Gefundene Sachen.

§ 196.

[626.] Wer eine verlorene Sache findet, ist verpflichtet, dieselbe dem früheren, rechtmäßigen Besitzer zurückzustellen.

1. Wer eine Sache verliert, behält sein Eigenthum bei und büßt nur den Besitz ein. Die verlorene Sache ist daher an sich keine herrenlose und der Finder darf sie nicht als solche sich aneignen.

§ 197.

[627.] Ist der frühere Besitzer unbekannt, so sollen Versuche zur Entdeckung desselben gemacht werden.

Insbesondere soll der Finder selbst, wenn der Fund den Werth von fünfzig Franken nicht übersteigt, denselben in der Gemeinde wo der Fund geschehen, öffentlich bekannt machen, und wenn der Werth desselben mehr als fünfzig Franken beträgt, durch Anzeige an das Gericht einen gerichtlichen Aufruf veranlassen.

1. Nur wenn der frühere Besitzer nicht mehr aufzufinden ist, dann ist es, wie wenn die verlorene Sache keinen frühern Besitzer und keinen Eigenthümer hätte. Dann ist der Finder allerdings näher als ein Anderer, dieselbe für sich zu behalten. Der Finder soll aber nach dem frühern Besitzer suchen, bevor er den Fund sich aneignet.

2. Fund öffentlich bekannt machen. Die Art der Bekanntmachung ist dem Finder überlassen. Gewöhnlich wird die Anzeige in einem daselbst verbreiteten öffentlichen Blatt die beste Form derselben sein. Ganz geringfügige Gegenstände kommen dabei überall nicht in Betracht. Für solche genügt es schon, daß sie nur nicht verheimlicht werden.

3. Anzeige an das Gericht. Für werthvollere Funde überläßt man es nicht mehr dem Finder, wie er die Bekanntmachung besorge, sondern verlangt die Anzeige an das Gericht, damit dieses je nach Umständen das Erforderliche verfüge. Es ist das Bezirksgericht gemeint.

§ 198.

[628—630.] Der Finder, welcher das Gefundene abliefert, hat Anspruch auf Vergütung seiner Auslagen, und, sofern er den Fund nicht

verheimlicht, noch die Bekanntmachung oder Anzeige desselben verzögert hat, auf einen angemessenen Finderlohn.

1. Das alte Gesetz sprach dem Finder für den Fall, daß nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von sechs Wochen von öffentlicher Bekanntmachung des Fundes an oder einer vom Gerichte angesetzten längeren Zeit der bisherige Eigenthümer entdeckt werde, in der Regel das Eigenthum, ausnahmsweise nach richterlichem Ermessen Ersitzungsbesitz an der gefundenen Sache zu. Da nun aber das schweiz. OR. in Art. 206 bestimmt, daß verlorene Sachen dem bösgläubigen Erwerber stets, dem gutgläubigen 5 Jahre lang vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet abverlangt werden können (in den einen Fällen gegen, in den andern ohne Entgelt), so sind damit jene Bestimmungen dahingefallen.

2. Nach dem alten Gesetz sollte, falls die Anzeige des Fundes verzögert oder der Fund verheimlicht wurde, statt des Finders das Armengut die gefundene Sache erhalten. (Vgl. Sachsen § 243.) Dies ist nach dem Berichte der regierungsräthlichen Kommission, und wie die Weisung an das Volk wiederholt, „als unpraktisch, ja wohl nie bei uns vorgekommen", gestrichen worden. Beim Schatze ist dagegen die entsprechende Bestimmung beibehalten worden s. § 201.

3. Finderlohn. Nach dem früheren Gesetze hatte der Finder nur dann einen Anspruch auf einen Finderlohn, wenn der Verlierer nicht von Anfang an bekannt war; dies ist jetzt bei dem allgemeinen Wortlaute des Paragraphen wohl nicht mehr anzunehmen, nur wird dieser Umstand zu einer Reduktion des Finderlohnes führen.

4. Größe des Finderlohnes. Das österr. Gesetz § 391 hat hier zehn Prozent als regelmäßigen Finderlohn, und erst wenn derselbe tausend Gulden übersteigen würde, von da an fünf Prozent festgesetzt. Ihm folgt Luzern § 272. Sachsen § 242 bestimmt 10 % bis auf 300 Mark, vom Ueberschuß 1 %, Graubünden § 193 10 % überhaupt als regelmäßigen, Aargau § 499 durchweg als Finderlohn. In der Kommission wurde eine fixe Bestimmung der Art verworfen, da sie in manchen Fällen als unverhältnißmäßig erscheine; man denke nur, daß eine Brieftasche mit Werthpapieren von großem Werthe gefunden und mit leichter Mühe der Eigenthümer entdeckt wird. Man zog es vor, je nach Umständen das Billige zu ermitteln. Das Berner Ges. § 421 ist darin ähnlich, bezeichnet aber zehn Prozent des Werthes als Maximum des Finderlohnes.

Es versteht sich von selbst, daß, was in andern Gesetzbüchern ausdrücklich gesagt wird, dem Finder außer dem Finderlohn auch Ersatz der vernünftiger Weise für die Auffindung des Eigenthümers gemachten Auslagen zu geben ist.

5. Verheimlicht, verzögert. Das setzt voraus, daß die betreffende Sache dem Finder als eine fremde, verlorene, erschienen ist. OG. 1878 Nro. 55. Vgl. Strafgesetzb. § 222 (Off. S. IV, 150). Die Bekanntmachung oder gerichtliche Anzeige des Fundes (§ 197, vgl. § 201, 2) soll sofort geschehen. Je bälder sie vorgenommen wird, desto leichter ist der Eigenthümer noch zu entdecken. Das preuß. Landr., schreibt eine Frist von drei Tagen vor. I. 9. § 70. Absichtlich aber wurde eine so genaue Bestimmung der Frist unterlassen, damit das Urtheil frei sich nach den Umständen richte. Unter Umständen kann schon vor, unter andern nach drei Tagen sich eine Zögerung ergeben.

II. Schatz.

§ 199.

[631.) Werden Sachen von Werth, z. B. Geldsummen, Kleinode u. dgl. entdeckt, welche dem Anschein nach seit Langem verborgen gelegen haben, so ist der Finder in wichtigen Fällen verpflichtet, davon dem Gerichte Anzeige zu machen, welches je nach Umständen weitere Nachforschungen nach dem früheren Eigenthümer anordnet oder auch ohne solche den Fund sofort als Schatz erklärt.

1. Der Schatz besteht nicht aus verlorenen, sondern aus verborgenen Sachen. Der Eigenthümer, der den Schatz vergrub, wollte gerade auf solche Weise sein Eigenthum und seinen Besitz erhalten. Aber das Andenken daran verliert sich leicht, zumal in den folgenden Generationen: und dann ist der Schatz doch wie herrenloses Gut, weil der wahre Herr unbekannt geworden ist.

2. Verborgene Sachen von Werth. Es frägt sich, ob auch wirkliche Antiquitäten, z. B. aus der Zeit der gallisch-helvetischen Bevölkerung oder aus der römischen Periode, dahin gehören, die längst verstorbenen Geschlechtern angehört haben, an denen ein bis auf die Gegenwart fortgesetztes Eigenthum nicht anzunehmen ist. Wenn dieselben offenbar herrenlos sind, so bedarf es für sie keiner gerichtlichen Nachforschung nach den frühern Eigenthümern und daher auch keiner Anzeige bei Gericht. Nur wo Zweifel darüber bestehen können: — und diese sind bei mittelalterlichen Funden zuweilen möglich, da die mancherlei Stiftungen, die in alte Zeiten hinaufreichen, Eigenthümer sein können — und zugleich der Fund wichtig erscheint, darf die Anzeige bei Gericht nicht umgangen werden. Geringfügige Dinge — z. B. einzelne Münzen oder Waffen u. dgl. werden entdeckt — bedürfen dessen wieder nicht.

§ 200.

[632.] Ist der Fund solcher Sachen, weil der Eigenthümer nicht mehr zu entdecken ist, als Schatz zu betrachten, so gehört derselbe dem Finder und dem Eigenthümer des Grundstückes oder Hauses, in welchem er gefunden worden, zu gleichen Theilen.

1. Das Gesetz schließt sich hier an die römische Gesetzgebung Justinians l. un. Cod. de thesauris (X. 15) und § 39 J. de rer. div. 2, 1 an, der auch das preuß. Landr. 1. 9. § 82 ff., der Code civ. § 716, Sachsen § 233, Bern § 423, Luzern § 274, Graubünden § 194 in der Hauptsache folgen. Das österr. Ges. § 399 dagegen läßt den Staat als „Dritten im Bunde" mit dem Finder und dem Grundeigenthümer theilen. Aargau § 501 dagegen gibt den Schatz ganz dem Eigenthümer des Ortes, in oder auf welchem er gefunden oder entdeckt wurde.

2. Finder. Wenn ein Arbeiter im Auftrage seines Dienstherrn nach einem Schatze sucht und denselben findet, so ist der Herr als Finder zu betrachten. Wenn er dagegen zufällig darauf stößt, so ist er selber der Finder.

§ 201.

[633.] Hat der Finder des Schatzes in unrechtmäßiger Weise nach demselben gesucht oder den Fund verheimlicht, so fällt der ihn treffende Antheil an dem Schatze dem Armengute der Gemeinde zu, in welcher der Schatz verborgen gelegen ist.

S. § 198, 2.

1. In unrechtmäßiger Weise, sei es, indem er ohne Erlaubniß des Grundeigenthümers dessen Boden durchwühlt, sei es, indem er dabei durch Gaukelei oder betrügliche Mittel in Ausbeutung des Aberglaubens ungebührliche Zwecke verfolgt. Schon in dem vorchristlichen Alterthum kam eine derartige Schatzgräberei vor, zu welcher die Seelen Verstorbener herbeibeschworen wurden. Aber auch heute noch versteht die List schlauer Betrüger, zugleich den Hang zum Aberglauben und die Habsucht zu reizen, und indem sie ihren Opfern Schätze vorspiegeln, dieselben auszusaugen. Freilich werden dabei sehr selten reale Fünde gemacht, die zur Theilung kommen.

2. Verheimlicht. Das sächsische Gesetzbuch § 233 legt dem Finder auf, dem Eigenthümer binnen drei Tagen Anzeige vom Funde zu machen. Bei uns ist die Frage der Verheimlichung nach den Umständen zu beantworten. (Vgl. § 198, 5)

III. Thierfang.

§ 202.

[634.] Wer Thiere fängt, welche Niemandem zugehören, wird durch die Zueignung Eigenthümer derselben, es wäre denn, daß diese Besitzergreifung selbst eine verbotene Handlung oder eine Verletzung fremder Rechte wäre, wie z. B. die unerlaubte Jagd.

1. Thiere, welche Niemandem zugehören. (Vgl. zu §§ 62 u. 99.) Wird der Besitz an Wild verloren, so geht auch das Eigenthum daran unter. Hat dasselbe seine natürliche Freiheit wieder gewonnen, so hat die Herrschaft des Menschen aufgehört. Wer daher ein Wild im Walde fängt, oder einen Vogel oder ein Insekt in der Luft, oder einen Fisch im Wasser, wird, weil er eine herrenlose Sache in seine Herrschaft gebracht hat, durch Aneignung Eigenthümer.

2. Verbotene Handlung oder Verletzung fremder Rechte. — Wer unrechtmäßiger Weise Wild fängt, z. B. indem er jagt ohne Jagdrecht, oder innerhalb der Fischereigerechtsame eines Andern unerlaubten Fischfang übt, erwirbt zwar Besitz an dem bisher herrenlosen Thier, aber nicht Eigenthum, weil es auch einer rechtlich zuläßigen Handlung bedarf, um wahre Rechtsherrschaft zu erlangen. Wenn aber ein Dritter von ihm ehrlicher Weise das Thier kauft und Besitz daran erwirbt, so steht diesem Dritten nichts im Wege, durch seine Besitzantretung Eigenthum zu erwerben. Fische, die in einem Fischkasten oder Springbrunnen, oder auch in einem Teiche verwahrt werden, über welchen der Eigenthümer volle Gewalt hat, so daß er sie beliebig ergreifen kann, in einem umfriedeten Waldpark gehaltene Thiere sind nicht herrenloses Wild. Es wird daher, wenn sie von einem Dritten unrechtmäßiger Weise weggenommen werden, an ihnen ein wahrer Diebstahl begangen.

§ 203.

[635.] Der Eigenthümer eines Bienenstockes ist berechtigt, den ausfliegenden Schwarm zu verfolgen (§ 100). Verzichtet er auf die Verfolgung oder gelingt es ihm nicht, innerhalb dreier Tage der Bienen habhaft zu werden, so werden dieselben als herrenloses Wild betrachtet.

1. Herrenloses Wild. Sie sind somit von da an Ziel freier Aneignung.

B. Fruchterzeugung.

§ 204.

[636.] Die natürlichen Früchte des Bodens oder der Thiere kommen dem Eigenthümer der fruchttragenden Sache zu, es wäre denn, daß einem Anderen, z. B. dem Besitzer in gutem Glauben, dem Nießbraucher, dem Pächter, ein besonderes Recht auf Gewinnung der Früchte zuständе.

1. Die Früchte, so lange sie mit der fruchttragenden Sache verbunden, sind ein Theil dieser, werden aber durch die Trennung von derselben zu einer besondern, und zwar auch wenn sie von einem Grundstück getrennt werden, beweglichen Sache. Regel ist, daß sie dann in das unmittelbare Eigenthum dessen fallen, dem sie schon während des Wachsthums als Theil zugehört hatten, und es bedarf dazu keiner besondern Besitzergreifung noch selbst des Wissens, daß die Frucht sich abgelöst habe.

2. Diese Regel erleidet aber mancherlei Beschränkungen, wenn einem Dritten ein besonderes Recht auf Gewinnung der Früchte zusteht. Fälle der Art sind:

a. Der gutgläubige Besitzer einer Sache gewinnt deren Früchte (§ 85.)

b. Dem Anrieser gehören die überhangenden und überfallenden Früchte, (§ 160)

c. Dem Nießbraucher fallen die Früchte während der Dauer des Nießbrauchs, nach zürcherischem Rechte wohl schon durch die Trennung, nicht erst durch die Ergreifung (Perception) zu (§ 283 ff.).

d. Ebenso dem Pächter die Früchte der gepachteten Grundstücke oder des Pachtviehs.

3. Danach dürfte der Ausspruch des Obergerichtes (Z. XXI, 150 Erw. 7), wonach derjenige, welcher kraft dinglichen Rechtes in einem fremden Steinbruch Steine gebrochen, dieselben aber noch nicht abgeführt hat, nicht als Eigenthümer derselben zu betrachten sei, kaum richtig sein, auch wenn man eine Perception für den Eigenthumserwerb verlangte, da dieselbe hier doch wohl als geschehen zu betrachten war.

C. Umbildung.

§ 205.

[637.] Wer durch Umarbeitung und Umbildung eines Stoffes eine neue Sache schafft, wird dadurch Eigenthümer dieser Sache, insofern der dazu gebrauchte Stoff ihm ganz oder theilweise zugehört hat.

1. Umarbeitung und Umbildung, gemeinrechtlich Spezifikation, Formgebung genannt.

2. Oder theilweise. Z. B. Der A macht aus Kupfer, das ihm gehört, und aus Zink, das dem B gehört, messingene Platten. Sie sind Eigenthum des A. Oder A macht ein Backwerk aus seinem Mehl, Eiern des B und Zucker des C. Das Backwerk gehört A. Es ist damit eine Streitfrage des gemeinen Rechts für das zürcherische Recht entschieden. Auch wenn der eigene Stoff einen fremden Zusatz erhalten hat, und selbst wenn dieser Zusatz den Hauptbestandtheil des Ganzen bildet, gehört doch das Fabrikat, dem der es gemacht hat, dem Spezifikanten.

§ 206.

[638.] Hat er nur fremden Stoff gebraucht, so gehört das Eigenthum der neuen Sache dem Eigenthümer des Stoffes, insofern sich jene in die ursprüngliche Gestalt zurückführen läßt, und kommt unter der entgegengesetzten Voraussetzung in das Eigenthum dessen, welcher dieselbe in der Absicht, eine eigene Sache zu erzeugen, gemacht hat, ohne Unterschied, ob er dabei in gutem Glauben gewesen ist oder nicht.

1. Die Frage, ob das Eigenthum am Stoff, der zur Hervorbringung einer neuen Sache benutzt worden, oder die Formgebung, durch welche erst die neue Sache gebildet worden, für das Eigenthum an dieser entscheide, hat von Alters her unter den Juristen eine verschiedene Beantwortung erfahren. Unser Gesetz folgt in so zweifelhafter Sache dem gemeinen römischen Recht, d. h. es legt auf die schaffende Arbeit das Hauptgewicht, aber nicht ein ausschließliches Gewicht.

2. Dem Eigenthümer des Stoffs. Z. B. Ein Silberarbeiter A schmilzt das Silber des B und macht daraus Löffel. Diese gehören dem B, auch wenn jener daran Eigenthum durch Formgebung erwerben gewollt hat.

3. Das Eigenthum dessen, welcher dieselbe gemacht hat. Z. B. A schnitzt aus Holz des B hölzerne Löffel, in der Absicht, eine ihm eigene Sache zu machen. Oder A macht aus Mehl des B ein Brod. Die Löffel und das Brod sind Eigenthum des A. Wenn aber A nur das Getreide des B ausdrischt, so macht er keine neue Sache. Ebenso wenn der Seidenarbeiter A aus der Seide des Fabrikanten B Zeug webt, so wird A nicht Eigenthümer des Gewebes, insofern er im Auftrag des B und für B gearbeitet hat. Malt ein Künstler A auf Papier oder Holz des B ein Gemälde, so gehört dieses dem A. Schreibt ein Schriftsteller A sein Werk oder auch nur A einen Brief auf Papier des B mit Tinte des B so ist auch daraus eine neue individuelle Sache entstanden, die dem A gehört.

4. Ohne Unterschied u. s. f. Der gute oder böse Glaube des Formgebers ist wohl in anderer Beziehung sehr wichtig. Dieser kann, wenn er fremde Sachen umbildet, einen Diebstahl begehen und deßhalb strafbar und in höherem Maße für den Schaden verantwortlich werden. Aber die Eigenthumsfrage richtet sich zunächst nur nach dem objektiven Verhältniß von Stoff und Form. Es ist auch damit eine Streitfrage des gemeinen Rechts für uns entschieden.

§ 207.

[639.] In beiden Fällen hat der verlierende Theil einen den Verhältnissen angemessenen Anspruch auf Entschädigung.

1. Der Eigenthümer der neuen Sache darf sich nicht auf Unkosten des andern bereichern, habe diesem nun der Stoff gehört oder habe er seine Arbeit auf eine fremde Sache verwendet. Er ist daher, so weit eine Bereicherung vorliegt, zur Entschädigung verpflichtet. Wenn indessen in dem Fall des § 206, 2 der Eigenthümer nur den Stoff zurück erhält und die neue Form der Sache nicht begehrt, so ist er auch dem Formgeber keinen Ersatz für die Arbeit schuldig. Hat der Formgeber den fremden Stoff gestohlen, so steigert sich seine Entschädigungspflicht.

D. Vermischung und Verbindung.

§ 208.

[640.] Sind Sachen verschiedener Eigenthümer ohne Umbildung mit einander vermischt oder verbunden worden, so bleibt, insofern die Ausscheidung nach den ursprünglichen Bestandtheilen möglich ist, das Eigenthum unverändert. Ist dagegen die Ausscheidung nicht oder nur mit einem unverhältnißmäßigen Aufwande von Kosten oder mit erheblichem Schaden möglich, so entsteht in der Regel Miteigenthum jener Eigenthümer an dem Ganzen, je nach Verhältniß des Werthes ihrer Bestandtheile.

1. Das Gesetz unterscheidet die Umbildung, welche eine neue Sache dadurch erzeugt, daß sie ihr eine besondere Gestalt, eine feste Form gibt, von der Vermischung oder Verbindung, sei es flüssiger, sei es trockener Körper, oder flüssiger mit trockenen Körpern, ohne daß daraus eine neue individuelle Sache wird. Z. B. Wein des A und Wein des B wird in dem Fasse des A gemischt; oder Getreide des A und Getreide des B wird zusammengeworfen, Geld des A mit Geld des B gemengt. Aber auch Verbindungen der Art gehören hieher, durch welche mit einer Sache, z. B. dem Tische des A eine Marmorplatte des B, oder mit dem Schwertgriff des A eine Schneide des B verbunden wird.

2. Die Ausscheidung möglich. Z. B. Das Silber des A wird mit dem Blei des B verschmolzen, A bleibt Eigenthümer des Silbers, B des Bleis in der Masse, da beide leicht wieder auszuscheiden sind. Ulpian in L. 5 § 1 Dig. de rei vind. (VI. 1).

3. Ist die Ausscheidung nicht oder nur mit erheblichen Kosten und Nachtheil möglich, so entsteht im Zweifel Miteigenthum. Die Möglichkeit der Scheidung auch chemisch verbundener Substanzen ist durch die Fortschritte der Chemie erhöht worden. Für die Eigenthumsbegriffe ist aber die Möglichkeit der Scheidung für sich allein nicht entscheidend. Sie muß auch den Verhältnissen nach räthlich und angemessen sein, wenn das Eigenthum jedes Individuums an seiner in der Mischung enthaltenen Sache einfach fortdauern soll. Sind gleichartige Sachen, z. B. fünf Pfund Silber des A und

drei Pfund Silber des B gemischt worden, so ist Ausscheidung unmöglich und A wird zu fünf Achtel, B zu drei Achtel Miteigenthümer an der Silbermasse.

4. Wie ist es, wenn Geld des A mit Geld des B gemischt wird? Ist das Geld des A in verschlossenen Säcken oder bezeichneten Rollen, also als eine Sache für sich (species) noch erkennbar, so liegt keine Mischung vor. Wird französisches Geld des A und deutsches Geld des B zusammengeworfen, so bleibt jeder Eigenthümer, da die Ausscheidung leicht ist. Werfen A und B ihr gleichartiges Geld zusammen, oder wird zufällig gleichartiges Geld des A und Geld des B gemischt, so entsteht Miteigenthum nach Verhältniß der Summen, wie wenn Getreide des A und des B zusammengeschüttet wird. Nur wenn Geld des A dem B ohne den gültigen Willen eines Eigenthumsübergangs gezahlt und in der Kasse des B gemischt wurde, ist kein Miteigenthum des A, sondern um der vollzogenen Konsumtion willen. Alleineigenthumm des B entstanden und A hat vielleicht eine Forderung auf Rückerstattung. Mehr sagt auch Gajus nicht in der L. 78 Dig. de solut. (XLVI. 3).

5. In der Regel. In manchen Fällen entscheidet diese Regel nicht, insbesondere da nicht, wo von den zwei verbundenen oder gemischten Sachen eine so entschieden die bedeutendere ist, daß sie als Hauptsache betrachtet wird und das Schicksal der mindern andern Sache nach sich zieht (Z. VIII, 86.) Der römische Jurist Paulus hat (L. 23 § 4 Dig. de rei vind. VI, 1) den Satz ausgesprochen: Wenn meine Sache als Hauptsache erscheint, so habe ich die alleinige Eigenthumsklage; aber der Andere, dessen Nebensache mit der meinigen verbunden ist, kann fordern, daß ich ihm den Werth derselben ersetze, und der französische Code civ. hat ihn in § 556 ff. aufgenommen und weiter verarbeitet. Die formelle Begriffserklärung, daß das die Hauptsache sei, ohne welche die andere Sache nicht bestehen kann, ist indessen nicht erschöpfend.

6. Miteigenthum, s. §§ 108 u. ff. Es kann also jeder jener Eigenthümer Theilung verlangen. § 114. Vgl. B III, 456, Nro. 14.

§ 209.

[641.] Hat einer der Eigenthümer auf widerrechtliche Weise die Vermischung oder Verbindung verschuldet, so hat die schuldlose Partei überdies die Wahl, gegen Entschädigung der rechtmäßigen Ansprüche der schuldigen Partei das Ganze zu behalten oder das Ganze dem schuldigen Theile zu überlassen und von diesem volle Entschädigung zu fordern.

1. Ausführlichere Bestimmungen darüber finden sich in dem preuß. Landr. I, 9, §§ 299, ff. (Vgl. auch österr. Ges. § 415, Code civ. § 577, Sachsen § 251.)

2. An dieser Stelle folgten im früheren Gesetzbuche die Bestimmungen betr. die Ersitzung (§§ 642—645), die Uebergabe (Tradition, §§ 646—649), dem Verlust des Eigenthums an beweglichen Sachen (§ 650) und die Beschränkungen der Eigenthumsklage (§§ 651—656.) Hierüber ist Folgendes zu bemerken:

a. die Ersitzung von beweglichen Sachen.

Soweit sie auf Uebergabe beruht, sind Art. 205 und 206 des schweiz. OR. maßgebend.

Art. 205 bestimmt, daß der gutgläubige Erwerber durch die Uebergabe Eigenthümer an nicht gestohlenen und nicht verlorenen Sachen werde, die Ersitzung an diesen Sachen ist also damit ausgeschlossen.

Art. 206 gibt an gestohlenen und verlorenen Sachen noch 5 Jahre lang die Vindikation, nachher nicht mehr, es ist wohl eine Ersitzungszeit von 5 Jahren damit bestimmt, und zwar sowohl für den Fall der Uebergabe (pro emtore) wie für den Rechtstitel der Okkupation vermeintlich verlorener Sachen (pro suo); dies gilt nach § 1089 auch für alle andern Fälle des Besitzerwerbes, Schenkung, Erbschaft, Vermächtniß (usucapio pro donato, pro herede, pro legato, auch pro suo bei der Besitzergreifung vermeintlich herrenloser Sachen wie Thiere oder eines Schatzes).

b. Die Uebergabe steht unter den Regeln der Art. 199—204 des schweiz. OR.

c. Der Paragraph über den Verlust des Eigenthums, welcher lediglich sagte: „In dem Erwerb des Eigenthums von Seite eines Inhabers der Sache liegt zugleich der Verlust des Eigenthums auf Seite des bisherigen Eigenthümers", ist als selbstverständlich weggelassen worden.

d. Betreffend die Beschränkungen der Eigenthumsklage gelten theils die Artikel 207—209 des schweiz. OR., theils die Vorschriften der §§ 85 bis 91 unseres Gesetzes. Die regierungsräthliche Kommission beschloß in der That, diese Paragraphen hieher zu versetzen und mit dem Titel „Beschränkungen der Eigenthumsklage" zu versehen, fand dann aber nachher doch wieder für passender, sie nicht von der übrigen Besitzlehre zu trennen, und dabei blieb es.

Vierter Abschnitt.

Von den Regalien und den aus ihnen hergeleiteten Gerechtigkeiten.

Erstes Kapitel.

Rechte an Gewässern.

A. Im Allgemeinen.

§ 210.

[657.] Seen, Flüsse und in der Regel auch die Bäche, soweit sich an denselben nicht ein hergebrachtes Privatrecht nachweisen läßt, sind Gemeingut.

Angelegte Teiche und Kanäle dagegen sind Gegenstand des Privatvermögens.

1. Ueber die Natur der Gewässer als Gegenstand des Rechts vergleiche oben § 60, 2, Bluntschli deutsches Privatr. § 53, 2 und § 75 ff.

2. Bäche. Darunter „sind Gewässer zu verstehen, welche nicht bloß den größten Theil des Jahres Wasser abführen, sondern auch, wenigstens zeitweise, eine so bedeutende Wassermenge enthalten, daß es zu deren Fortführung eines erheblichen Bettes bedarf. Keine Bäche sind daher einerseits die sogen. Rinnsale, welche nur nach starken Regengüssen Wasser führen, anderseits die eigentlichen Quellen, welche kein Bett zum Abflusse nothwendig haben." (OG. 1885, Nro. 40.)

3. Hergebrachtes Privatrecht: Es kann sich noch aus der ältern Anschauung, wonach die Bäche gewöhnlich, seltener die Flüsse zu der Almende der Gemeinde gerechnet werden, ein besonderes Recht der Gemeinde und der Gemeindegenossen daran erhalten haben, oder es kann aus alter Grundherrschaft über jene ein Privatrecht daran überliefert worden sein. Es wurde in der Kommission erwähnt, daß die Stadt Winterthur so die Eulach anspreche. Das Gesetz will keineswegs gewordene Rechte beseitigen, aber im Zweifel ist die öffentliche Natur im weitesten Sinn zu vermuthen. Die geregelte Benutzung der vorhandenen Wasserkräfte wird durch diese Annahme augenscheinlich gefördert. Vgl. das Gutachten von Schauberg in seiner Zeitschrift V. S. 88 ff.

4. Teiche und Kanäle gehören häufig den Mühle- und andern Wasserwerkbesitzern oder auch Gemeinden, wie z. B. der Sihlkanal der Stadt Zürich, als Eigenthum zu. Der Umstand, daß ein Kanal sein Wasser aus einem öffentlichen Gewässer bezieht, ändert hieran Nichts. (Z. IX, 462.)

5. In zahlreichen Prozessen ist darüber gestritten worden, ob ein Gewässer ein öffentliches oder ein Privatgewässer sei. Im Zweifel ist immer das Erstere anzunehmen, und die Gerichte haben in den letzten Jahrzehnten es bei dem verbesserten Stande der Notariatsprotokolle mit dem Beweise des Privatrechts am Gewässer strenger genommen als früher. Als genügend für den Beweis ist immerhin erklärt worden „die Kleinheit eines Baches in Verbindung damit, daß seit vielen Jahren durch Privatverträge über Gebrauch und Theilung des Wassers frei und ungehindert verfügt worden, ohne daß sich irgend eine hierauf bezügliche Verfügung der Behörden anführen ließe." (U. 953.) Das Obergericht betont OG. 1885 Nro. 41, daß der Entscheid hierüber den Gerichten zustehe, es sei für sie „in keiner Weise maßgebend, daß die Verwaltungsbehörden das fragliche Gewässer für ein öffentliches erklären." Als ein Indicium zu Gunsten des Privateigenthums sollte meines Erachtens dieser Umstand doch wohl Verwendung finden.

6. Wo nicht etwas Anderes nachgewiesen ist, sind Privatbäche als im Miteigenthum der Anstößer stehend zu betrachten. (U. 955.)

7. „Der öffentliche Charakter eines Gewässers kann nur in Folge Beschlusses der zuständigen Behörden aufhören. Es hat mithin dadurch, daß eine Privatperson sich in den Besitz eines zum Seegebiet gehörenden Raumes setzt, diesen Raum durch Auffüllung verändert und das so erhaltene Land während längerer Zeit ausschließlich bewirbt, weder dieser Raum die Bestimmung, dem öffentlichen Gebrauche zu dienen, verloren, noch hat hiedurch die Privatperson Eigenthum an dem Raume erworben. (B. XIX, 49.)

§ 211.

[658.] Das auf einem Grundstücke entspringende Quellwasser wird, so lange es auf diesem Grundstücke verbleibt¹, als ein Bestandtheil des Grundstückes behandelt.

1. Quellwasser. Das gilt von Heilquellen nicht minder als von Brunnenwasser, auch sie stehen im Privateigenthum. (Vgl. § 182.) Unter Quelle wird zwar nur zu Tage getretenes Wasser verstanden; nicht zu Tage tretende Wasseradern erscheinen aber nur um so mehr als Theile des Grundstücks. (Z. XIII, 74.)

2. Der Eigenthümer des Grundstücks kann über das darin entspringende Wasser als dessen Eigenthümer verfügen, so lange es nicht oberflächlich oder unterirdisch aus demselben abgeflossen ist oder sich mit einem nicht zum Grundstücke gehörenden Bache verbunden hat; er kann auch Andern dingliche Rechte daran begründen:

a. Eine Servitutberechtigung auf Ableitung und Benutzung des Wassers, auch unter Einräumung des Rechtes im Grundstücke nach Wasser zu graben (Z. XII, 371; XVII, 228 Erw. 3 ff.). Die Servitutberechtigung wird begründet durch Vertrag in Verbindung mit einer ständigen Vorrichtung, z. B. Brunnenstube, Röhrenleitung, s. § 245, oder auf dem Wege notarialischer Fertigung, s. § 242;

b. ein Pfandrecht, zu bestellen in der Form des Schuldbriefes (Z. XXIII, 343; OG. 1872, 18, Nro. 8; 1875, 113, Nro. 12);

er kann auch persönliche Rechte darauf, z. B. durch Pachtvertrag begründen (Z. XVIII, 55.)

Durch irgend eine solche Verfügung verliert die Quelle ihren juristischen Charakter des Theils einer unbeweglichen Sache nicht. (Z. XXIV, 393, Erw. 3 b; OG. 1875, 113, Nro. 12.)

3. Es ist vom Obergericht in mehreren Entscheidungen unentschieden gelassen worden, ob das einem Dritten eingeräumte Recht, eine Quelle zu fassen und abzuleiten, als Eigenthum an der Quelle oder als Servitutberechtigung am Grundstücke zu betrachten sei (Z. XII, 371; XVIII, 55); oder es wurde dasselbe auch geradezu als Eigenthum bezeichnet (U. 2973.) Nach dem Grundsatze des § 133 dürfte nun aber wohl eher eingeräumt werden, daß es sich hier in Wahrheit stets um eine Servitutberechtigung handelt, wie das auch im gemeinen Rechte anerkannt ist.

B. Wasserwerke und Wiesenwässerung.

§ 212.

[659.] Die Anlegung oder Erweiterung von Wasserwerken an fließenden Gewässern (öffentlichen oder Privatgewässern) unterliegt der Aufsicht, und bedarf, wenn öffentliche Gewässer benutzt werden, der Bewilligung der Staatsbehörde.

1. Die Praxis forderte vor dem Jahre 1854 für die Anlegung von Wasserwerken auch an Privatwassern die Bewilligung der Staatsbehörde. Man fand dann

aber, es rechtfertige sich bei diesen prinzipiell nur die Aufsicht, für welche öffentliche Gründe sprechen, wie die Sorge für die allgemeine Sicherheit, nicht die Genehmigung, indem die Regalität sich nicht auf Privatgewässer erstrecke und die freie Benutzung dieser im Privatinteresse einfaches Privatrecht sei.

Seither ist das Gesetz betreffend die Benutzung der Gewässer und das Wasserbauwesen vom 14. April 1872 (Off. Samml. Bd. XVI, 535) erlassen worden, welches in den §§ 2 u. ff. das für die Errichtung und Veränderung von Wasserwerken an öffentlichen Gewässern einzuschlagende Verfahren normirt, und in § 26 bestimmt:

„Wasserwerke an Privatgewässern unterliegen in polizeilicher Hinsicht der Aufsicht der Staatsbehörde. Derartige Projekte sind analog dem § 3 dieses Gesetzes durch das Statthalteramt öffentlich auszuschreiben und die Akten nach Ablauf der Frist der Direktion der öffentlichen Arbeiten einzusenden. Diese wird, sofern das Eigenthumsrecht an dem Gewässer außer Zweifel steht, die Bedingungen sofort festsetzen, unter welchen das Projekt in polizeilicher Hinsicht zu genehmigen ist, im andern Falle aber verlangen, daß das Eigenthumsrecht vorher festgestellt werde."

Dadurch ist sowohl das Gesetz betr. die Ertheilung von Wasserrechten vom 21. März 1836 als auch die Verordnung betr. die Ertheilung von Wasserrechten an Privatgewässern vom 29. April 1859 aufgehoben worden.

2. Neben den so konzessionirten Wasserwerken bestehen im Kanton herum auch noch einige ältere, namentlich Mühlen, welche aus der Zeit herrühren, zu welcher für die Anlage eines Wasserwerkes eine Konzession noch nicht nothwendig war, und welche daher auch keinen sogen. Wasserzins zahlen und eben so wenig der in § 25 Ziff. 2 u. 3 des angef. Gesetzes festgesetzten Verjährung unterliegen. (OG. 1876, 134, Nro. 73.) Man nennt sie ehhafte Werke. Da der Umfang ihres Rechtes nicht urkundlich feststeht, so hat das Obergericht erklärt, daß dasselbe „nur durch die zu dessen Ausübung getroffenen Anstalten dargestellt werde und daher nicht weiter auszudehnen sei, als es durch diese objektivirt erscheine." (Z. XXIII, 370, vgl. das angef. Gesetz § 10.)

3. Wasserwerk. Ein zum Waschen von Seide bestimmtes im Flusse befestigtes Schiff ist, auch wenn durch einen Steg mit dem Ufer verbunden, kein Wasserwerk, weil es die Wasserkraft nicht benutzt. Es fällt daher nicht unter diesen Paragraphen, sondern unterliegt lediglich den polizeilichen Vorschriften über die allgemeine Benutzung öffentlicher Gewässer. (Z. XVII, 421 Erw. 7 u. ff.)

§ 213.

[660.] Die benachbarten Ufereigenthümer sind insofern berechtigt, Einsprache zu erheben, als durch die Errichtung eines neuen Wasserwerkes ihr Eigenthum verletzt oder gefährdet wird.

1. Die Ufereigenthümer haben ein Recht, es nicht zu dulden, daß ihre Güter in Folge der Einrichtungen des Wasserwerkes der Ueberschwemmung ausgesetzt werden. Der Ausdruck „Ufereigenthümer" ist indessen nicht zu betonen. Gewöhnlich werden die gefährdeten Grundeigenthümer Anstößer an den Fluß oder den Bach sein. Es ist aber möglich, daß auch ein nicht unmittelbar anstoßender Grundeigenthümer ebenfalls Schaden leide, und insofern hat auch er das Recht der Einsprache.

2. Die Einsprache kann nicht durch die Uebernahme der Verpflichtung, das Ufer im Falle der Beschädigung wieder herzustellen, beseitigt werden. (Z. XXII, 180.)

3. Gefährdet. Die Gefahr muß schon im Wasserwerke an sich liegen; die Möglichkeit, daß beim zufälligen Zusammentreffen verschiedener ungünstiger Umstände ein Schaden einträte, genügt nicht zur Begründung der Einsprache. (Z. XXII, 180.)

§ 214.

[661.] Die Besitzer älterer Wasserwerke an demselben Gewässer sind überdies zur Einsprache insoweit berechtigt, als sie an ihrer bisherigen Benutzung des Wassers durch das neue Wasserwerk verhindert werden oder einen erheblichen Schaden leiden.

Gleiche Einsprache steht auch den benachbarten Besitzern einer Anstalt zur Wiesenbewässerung zu.

1. Besitzer älterer Wasserwerke. Der oberhalb gelegene Wasserwerkbesitzer (der Obermüller) kann geschädigt werden durch Rückstauung des Wassers von Seite des untern Wasserwerkbesitzers (des Untermüllers), in Folge welcher seine Wasserkraft gelähmt wird, und der Untermüller kann durch eine neue Anlage des Obermüllers geschädigt werden, indem dieser in Zeiten das Wasser in seinem Ablauf hemmt, wo jener desselben bedarf, oder das Wasser ganz ableitet. Hier ist voraus zu berücksichtigen, daß die neue Ergreifung und Benutzung des Gewässers zu Privatzwecken billiger Weise die bereits vorhandenen Einrichtungen der Art in ihrem Bestande achten soll. (Vgl. § 217; Z. VII, 82.) Sowohl der Obermüller als der Untermüller haben auch dann Anspruch auf den Schutz des zürcherischen Rechts, wenn ihre Mühlen außerhalb, die neue Anlage aber innerhalb des zürcherischen Gebietes liegt. Das Gewässer bleibt ein natürliches Ganzes, wie immer die Landesgrenzen es durchschneiden mögen. (Z. IV. 10.)

2. Das Gesetz betr. die Benutzung der Gewässer und das Wasserbauwesen vom 14. April 1872 (Off. Samml. Bd. XVI, 535) setzt in den §§ 3 u. ff. das Verfahren mit Bezug auf solche Einsprachen fest. Danach müssen die Einsprachen innerhalb 4 Wochen von der Publikation des Projektes beim Statthalteramte eingereicht werden, sonst sind sie nicht mehr zu berücksichtigen.

3. Nach § 6 desselben Gesetzes werden solche Einsprachen vom Regierungsrathe erledigt, nicht von den Gerichten.

4. Nach demselben Paragraphen werden solche Einsprachen nur insofern berücksichtigt, als dem Einsprechenden die Benutzung des Wassers während der gewöhnlichen Arbeitszeit, welche auf die Zeit zwischen Morgens 4 Uhr und Abends 8 Uhr verlegt werden muß, geschmälert würde. Ferner kann eine Einsprache dadurch beseitigt werden, daß die Schmälerung durch anderweitige Vorkehrungen z. B. Aushilfsreservoirs nach Anweisung der Direktion der öffentlichen Arbeiten beseitigt und diese Vorkehrungen dem Einsprecher zu unbelasteter Verfügung gestellt werden.

5. Dagegen sind zur Entscheidung von Streitigkeiten, welche zwischen Besitzern bereits bestehender Wasserwerke über die Regulirung der Benutzung eines öffentlichen Gewässers entstehen, die Gerichte kompetent. (OG. 1885, Nro. 48.)

6. Aelterer Wasserwerke, auch sogen. Ehhaften, s. § 212, 2. (Z. VII, 81, Nro. 30.) Auch wer erst eine Konzession erhalten, das konzessionirte Wasserwerk aber noch nicht ausgeführt hat, ist zur Einsprache berechtigt. (Z. XXII, 82); dagegen stehen zwei nicht erledigte Konzessionsgesuche sich ohne Rücksicht darauf, welches von beiden früher eingereicht wurde, gleich. (Z. XXII, 83.)

7. Wiesenwässerung. Auch der Grundeigenthümer, der ein Wiesenwässerungsrecht hat, hat Anspruch darauf, daß bei neuen Anstalten an dem zusammenhängenden Gewässer der Bestand seiner ältern Einrichtung nicht verletzt werde. Wenn ein Wiesenbesitzer eine schädliche Einwirkung der nachbarlichen Schwelleinrichtung auf seine Wiese eine Zeit lang duldet, so ist daraus nicht ohne weiters zu schließen, daß er auf sein Recht der Einsprache verzichtet habe. (Z. IV, 204.)

8. Das in Ziff. 2 angeführte Gesetz hat auch für die Errichtung und Veränderung von Bewässerungsanlagen an öffentlichen Gewässern die Bewilligung des Regierungsrathes vorgeschrieben (§ 27) und davon in § 28 nur diejenigen ausgenommen, welche schon vor dem 1. Juli 1854 (dem Inkrafttreten des Sachenrechtes, speziell des § 669 desselben, s. oben S. 6) unbestritten bestanden haben. Die zwischen diesem Tag und dem 1. Mai 1872 ohne staatliche Bewilligung erstellten Anlagen können fortbestehen, der Staat behält sich aber das Recht vor, die Benutzung derselben zu Gunsten der Gewinnung von Wasserkräften oder aus polizeilichen Gründen zu beschränken oder aufzuheben." Es ist also auch für diese Anlage die nachträgliche Einholung einer Konzession anzurathen.

9. Den Fischereiberechtigten steht ein Recht der Einsprache nur in dem Sinne zu, daß sie für eine Beeinträchtigung ihres Fischereirechtes durch die Errichtung von Wasserwerken oder Anlage von Wiesenwässerungen Entschädigung verlangen können. (§ 229, Z. X, 98.)

§ 215.

[662.] Bei Beurtheilung von Streitigkeiten zwischen dem Errichter eines neuen Wasserwerkes und den Benutzern älterer Wasserwerke oder Wässerungsanstalten ist der Richter ermächtigt, die Interessen sowohl der Sicherheit der älteren Benutzung als der Freiheit weiterer Benutzung des Gemeingutes durch Anordnung näherer Ausscheidung und Feststellung bestimmter Schranken in billiger Weise auszugleichen.

1. Während der Richter bei gewöhnlichen Prozessen allerdings nur die bereits in festen Formen ausgebildeten Rechte zu erkennen und zu schützen hat, so wird hier die Rechtspflege — ähnlich wie bei den Theilungsprozessen — um der eigenthümlichen Beschaffenheit des Objektes willen genöthigt, an neuer Rechtsbildung Theil zu nehmen. Das eben ist die Eigenschaft des Gewässers, daß es nach seiner Art und Bestimmung sich nicht völlig in fester Form als Besitz der Individuen fassen läßt, sondern der Gemeinschaft, beziehungsweise dem Genuß Anderer mit angehört. Daher ist hier billige Auseinandersetzung der verschiedenen Ansprüche unerläßlich und die richtige Würdigung und Ausscheidung derselben nicht Willkür, sondern Rechtspflicht. Es muß die zukünftige Ordnung der Flußbenutzung geregelt werden. Auch der Code civ. § 645 hat das erkannt. Dieser schon im Sachenrecht von 1854 niedergelegte Grund-

satz ist im Gesetze von 1872 (§ 214, 2) noch viel deutlicher und konsequenter zum Ausdruck gekommen. Immerhin hat das Obergericht ausgesprochen, daß der Paragraph sich zunächst nur auf die Berechtigungen an öffentlichen Gewässern beziehe, nicht auf reine, gerichtlicher Anordnung nicht in derselben Weise unterliegende Privatrechte. (Z. VIII, 266 Erw. 5.)

§ 216.

[665.] Jeder Besitzer eines Wasserwerkes, zu welchem Wasser aus einem öffentlichen Gewässer benutzt wird, ist, auch wenn dasselbe an einem Kanale angelegt ist, verpflichtet, soweit das Bedürfniß seines Wasserwerkes es zuläßt, theils das Wasser seinem natürlichen Abflusse zu überlassen, theils keine Vorkehrungen zu machen, durch welche die weitere Benutzung des Wassers verhindert oder beeinträchtigt wird.

1. Das Wasserrecht ist, sobald es entstanden, ein wahres Privatrecht, das dem Berechtigten nicht entzogen werden darf. Aber daraus folgt nicht, daß er nun rücksichtslos über das Wasser gebieten dürfe. Der Obermüller darf nicht, bloß um den Untermüller zu ärgern oder zu schädigen, das Wasser zur Unzeit im Laufe hemmen, noch umgekehrt der Untermüller zum Schaden des Obermüllers, auch nicht, wenn er das ältere Recht hat. Sein Recht am Wasser ist beschränkt durch das Bedürfniß seines Wasserwerks zu dessen angemessener Betreibung. So wie dieses Bedürfniß gestillt ist, so hat auch der Besitzer des jüngeren Wasserrechts ein Recht, daß der Wasserablauf ihm zu Gute komme. Der Egoismus des Einzelnen wird hier beschränkt durch die Gemeinschaft aller, die das öffentliche Wasser brauchen. Auf die Privatgewässer dagegen findet diese Bestimmung nur dann keine Anwendung, wenn dieselben auch nicht aus einem öffentlichen Gewässer abgeleitet sind, sondern als Privatgewässer entspringen.

2. Dem nämlichen Gedanken gibt das Gesetz von 1872 (§ 214, 2) in § 10 Ausdruck durch die Bestimmung, daß die dem Werke zustehenden Rechte sich, falls nicht eine weiter gehende Bewilligung vorliegt, beschränken auf dasjenige Wasserquantum, welches der Anlage entspricht, und sich nicht auf überschüssiges Wasser erstrecken.

§ 217.

[667.] Zum Schaden vorhandener Wasserwerke darf weder das Gewässer oberhalb abgeleitet, noch unterhalb durch neue Vorrichtungen gestaut werden.

Vgl. preuß. Landr. II, 15, § 246.

§ 218.

[668.] Wenn Wassermangel eintritt, so muß derselbe von Denjenigen voraus getragen werden, welche das jüngere Wasserwerk haben, oder wenn das Alter der Benutzung nicht entscheiden kann, zuerst von den untersten Benutzern des Gewässers.

1. Die Rechtsgründe dieser Entscheidung sind: a. der Bestand des ältern Rechts geht vor, weil das jüngere Recht das ältere schon als bestehend vorfindet und daher dessen Existenz voraussetzen muß. b. Ist es unbekannt, welches Recht das ältere sei, so geht das obere vor, weil das Wasser seinem natürlichen Flusse nach erst, nachdem es das Bedürfniß desselben befriedigt hat, dem untern zufließt. Die Bestimmung selbst wurde dem Vorschlag von Giovanetti (Mittermayer Zeitschr. für Rechtsw. XVI, S. 473) entnommen.

2. Das jüngere Wasserwerk. Das gilt auch für das Verhältniß zwischen Wasserwerk und Wiesenwässerung. (Z. XVI, 263 Nro. 52.) Darauf deutet auch der am Schlusse des Paragraphen gebrauchte allgemeine Ausdruck „Benutzer des Gewässers."

§ 219.

[663, 664, 666, 669, 672, 673.] Im Uebrigen sind mit Bezug auf das Verhältniß zwischen bestehenden Wasserwerken unter sich oder gegenüber bestehenden Wiesenwässerungen, sowie mit Bezug auf die Errichtung von Fähren und Brücken über öffentliche Gewässer die Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Benutzung der Gewässer maßgebend.

1. Gesetz betr. die Benutzung u. s. w. s. § 214, 2.
   a. betr. Wasserwerke unter sich s. §§ 3 ff.
   b. „ Wiesenwässerung s. §§ 27 f.; vgl. § 214, 8.
   c. „ Fähren und Brücken s. § 40.

C. Gemeine Benutzung.

§ 220.

[670.] Jedermann ist berechtigt, innerhalb der Schranken der polizeilichen Ordnung das öffentliche Gewässer zur Schiffahrt, zum Wasserschöpfen, Baden, Tränken, Schwemmen, Waschen zu benutzen; jedoch darf dadurch die Beschaffenheit des Wassers nicht so verändert werden, daß Schaden für das öffentliche Wohl entsteht oder die allgemeine Benutzung in erheblicher Weise beeinträchtigt wird.

1. Vgl. preuß. Landr. II, 15, §§ 44, 47. Ueber das Verhältniß der Schifffahrt zur Fischerei s. § 229.

2. Der Nachsatz „jedoch darf dadurch" u. s. w. entspricht wörtlich dem § 1 des Gesetzes betr. die Benutzung der Gewässer (s. § 214, 2). Es hat indessen schon im Jahre 1869 der Regierungsrath das Auswaschen von Roßhaar in öffentlichem Gewässer verboten. (Amtsblatt 1869, Nro. 32.)

3. Die in diesem Paragraphen aufgezählten Berechtigungen sind nicht privatrechtliche, sondern öffentlichen Rechtes, und daher zunächst durch die Polizeibehörden zu schützen, s. § 61, 1. (Z. XVIII, 414.) Es kann daher auch aus langjähriger Aus-

übung eines solchen Rechtes oder aus dem Halten einer Vorrichtung zur Ausübung desselben z. B. einer Pumpe, nicht auf eine Gerechtigkeit oder eine Servitutberechtigung geschlossen werden. (Z. XXII, 78.) Der Schiffer kann sich daher auch nicht der Konzessionirung eines Wasserwerkes oder einer Wiesenwässerung widersetzen, wenn auch § 4 des Wasserbaugesetzes (§ 214 2) bestimmt, es sei dabei darauf zu achten, daß die Schifffahrt nicht unverhältnißmäßig beeinträchtigt werde.

§ 221.

[671.] Die Benutzung eines öffentlichen Gewässers zum Flößen unverbundener Holzstücke ist nicht dem gemeinen Gebrauche hingegeben, sondern nur insoweit zulässig, als sie entweder durch ein öffentliches Bedürfniß gerechtfertigt und von Staates wegen gestattet oder als ein erworbenes Recht dem Herkommen gemäß ausgeübt wird.

1. Flößen. Das Flößen von Holzscheiten hindert immer vorübergehend einen anderen Gebrauch des Flusses und ist mit einer gewissen Gefährdung der Ufer verbunden. Dasselbe kann daher nicht der individuellen Benutzung überlassen werden.

2. Ein erworbenes Recht. Ein wichtiges Beispiel ist das Flößrecht der Stadt Zürich in der Sihl.

3. Der Bundesrath hat mit Datum vom 18. September 1880 im Einverständniß mit den betreffenden Kantonsregierungen und „im Benehmen mit dem großherzoglich badischen Handelsministerium" in Ausführung des Art. 2 der Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Baden betr. den Wasserverkehr auf dem Rhein vom 10. Mai 1879 (Eidgen. Amtl. Samml., N. F. Bd. IV, 394) eine Floßordnung für den schweizerisch-badischen Rhein von Neuhausen abwärts erlassen. (Eidgen. Amtl. Samml. N. F. Bd. V, 195.)

§ 222.

[674.] Die Ufereigenthümer an einem Flusse können den Schifffahrern nicht wehren, sich der vorhandenen Reckwege zu bedienen, am Ufer, wenn ein Bedürfniß dafür vorliegt, zu landen, die Schiffe vorübergehend daran zu befestigen und selbst in Nothfällen die Ladung eine Zeit lang daselbst auszusetzen.

Für daherige Beschädigung des Eigenthums ist indessen der Ufereigenthümer berechtigt, von den Schiffahrenden Ersatz zu fordern.

1. Die Reckwege, Leinpfade, bedürfen demzufolge keiner Eintragung in das Notariatsprotokoll. (Gwalter in Z. XV, 133, A. 1.)

§ 223.

[674.] Ebenso haben die Ufereigenthümer an Flüssen, die zum Flößen von Holzstücken benutzt werden, das Betreten der Ufer zum Zwecke des Flößens zu dulden.

1. Flößerpfade bedürfen daher keiner Eintragung in das Notariatsprotokoll. (Z. XV, 131.)

§ 224.

[675.] Das Recht, Sand und Kies aus dem Flußbette zu beziehen, steht, soweit nicht erworbene Rechte Anderer daran bestehen, dem Staate und den betreffenden Gemeinden zu.

1. Staat und Gemeinden haben die Straßen zu bekiesen; es ist daher natürlich, daß ihnen das Recht gewahrt ist, das Kies aus dem Flußbette ungeschmälert zu entnehmen, so weit nicht besondere Rechte Einzelnen zugestanden worden sind.

2. Das am Ufer eines öffentlichen Gewässers wachsende Schilf darf, wenn nicht die zuständige Behörde im öffentlichen Interesse Einsprache erhebt, der Uferanstößer sich aneignen. (Z. XIII, 249, Nro. 32.)

D. Fischerei.

§ 225.

[neu.] Mit Bezug auf die Fischerei gelten die nachfolgenden Bestimmungen, vorbehältlich der eidgenössischen und kantonalen Vorschriften über Fischerei und diesfälliger Staatsverträge.

1. Das bezieht sich sowohl auf die Privat- wie auf die öffentlichen Gewässer. Das Recht des Fischfangs steht im Gegensatze zum frühern privatrechtl. Gesetzbuch, auch in den mit öffentlichen Gewässern im Zusammenhang stehenden Kanälen und Weihern dem Staate zu, vorbehältlich besonderer Gerechtsamen von Gemeinden, Korporationen oder Privaten (Art. 1 des Fischereigesetzes s. unter Ziff. 3). Vgl. § 226.

2. Eidgenössische Vorschriften. Bundesgesetz über die Fischerei vom 18. Sept. 1875 Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. II, 90 u. zürch. Off. S. Bd. XIX, 298. Nach Art. 1 desselben steht zwar die Verleihung oder Anerkennung des Rechtes zum Fischfang den Kantonen zu; für die Ausübung desselben werden aber eine Reihe von Bestimmungen aufgestellt.

Dazu sind vom Bunde folgende Verordnungen erlassen worden:

a. Vollziehungsverordnung vom 18. Mai 1877. (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. III, 89 und Zürch. Off. S. Bd. XIX, 307.
b. Bundesrathsbeschluß betr. den Gebrauch von Reusen und Lachsfallen für den Fischfang vom 1. März 1879 Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. IV, 31.
c. Verordnung betr. Organisation des Forstwesens, der Jagd und der Fischerei vom 12. März 1880 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. V, 22). Art. 1, b: „Die Verwaltung des Forstinspektorats beim eidg. Handels- und Landwirthschaftsdepartement umfaßt ..... die Besorgung der Geschäfte in Sachen der Fischerei.“
d. Vollziehungsverordnung zum Art. 12 des Gesetzes, betr. Verunreinigung der Gewässer zum Nachtheil der Fischerei, vom 13. Juli 1886. (Eidg. Amtl. Samml. Bd. IX, 74.)

3. Kantonale Vorschriften:

Gesetz betr. die Fischerei vom 29. März 1885 (Off. S. Bd. XXI, 180).

Dazu Verordnung vom 4. April 1885 (das. Bd. XXI, 185).

Die Fischereigerechtsamen sind durch § 2 dieses Gesetzes, wie übrigens schon durch § 2 des Gesetzes vom 22. Dez. 1856 für ablösbar erklärt worden; vgl. OG. 1886 Nro. 21.

4. Staatsverträge. Für den Kanton Zürich kommen nur folgende in Betracht:

a. Uebereinkunft zwischen der Schweiz und dem Großherzogthum Baden betr. die Fischerei im Rhein und seinen Zuflüssen vom 25. März 1875 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. I, 812; zürch. Off. S. Bd. XIX, 103).

Mit Beitritt von Elsaß-Lothringen vom 14. Juli 1877 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. III, 210.)

und Nachtragsübereinkunft zwischen der Schweiz, Baden und Elsaß-Lothringen betr. Regelung der Fischereiverhältnisse im Bodensee und seinen Zuflüssen vom 21. Sept. 1884 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. VII, 788.)

b. Staatsvertrag zwischen der Schweiz, Deutschland und den Niederlanden betr. Regelung der Lachsfischerei im Stromgebiet des Rheins vom 30. Juni 1885 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. IX, 99).

§ 226.

[676.] Das Recht des Fischfanges in den öffentlichen Gewässern und in den mit diesen in Zusammenhange stehenden Kanälen und Weiern steht dem Staate, beziehungsweise denjenigen Personen zu, welchen vom Staate eine Bewilligung dazu ertheilt ist.

Im Zürichsee und, soweit die Fischerei nicht verpachtet ist, auch in den anderen Seen, in welchen das Recht des Fischfanges dem Staate zusteht, darf indessen auch ohne staatliche Bewilligung die einfache Angelruthe zum Fischfange vom Ufer aus benutzt werden.

1. Absatz 1 entspricht dem Art. 1 des zürch. Fischereigesetzes, s. § 225, 1.

2. Das alte Gesetz bestimmte an der Hand des Fischereigesetzes vom 20. Dez. 1809 ausdrücklich, daß auch mit der Angel in der Bannzeit nicht gefischt werden dürfe, und schon die alten Fischerordnungen von 1710 und 1776 hatten mit Rücksicht auf die Laichzeit der Fische Bannzeiten festgestellt. Obgleich dies nicht mehr ausdrücklich gesagt ist, gilt es doch auch jetzt, weil in den in § 225 angerufenen Bestimmungen enthalten. Das Bundesgesetz stellt in den Art. 7—11 verschiedene Bannzeiten für Fische und Krebse fest und die kantonale Verordnung fügt in § 6 noch andere hinzu.

3. Die einfache Angelruthe. Das zürch. Fischereigesetz § 4 fügt hinzu: „d. h. die fliegende Angelschnur mit einer einzigen Angel“. Es ist zu beachten, daß das Angeln ohne besondere Bewilligung nur in den Seen, und nur vom Ufer aus, nicht vom Schiffe oder Floß aus (gewiß aber auch von der Brücke aus) gestattet ist.

4. In der kantonsräthlichen Kommission, wie auch im Kantonsrathe selbst, wurde der Antrag gestellt, daß gesagt werde, es dürfe nicht zum Zwecke des Angelns Privat-

eigenthum betreten werden, wie das jetzt oft geschehe. Das wurde nur deßwegen abgelehnt, weil es sich von selbst verstehe, nachdem die ursprüngliche Fassung des Artikels „Jedermann darf vom Ufer aus die Angelruthe benutzen" abgeändert worden war in „die Angelruthe ..... darf benutzt werden."

§ 227.

[677.] Wer eine besondere Fischereigerechtigkeit hat, ist berechtigt, andere Personen innerhalb seines Fischereibezirkes an jedem seinem ausschließlichen Rechte widersprechenden Fischfange zu hindern.

1. Die Fischereigerechtigkeiten, die bald ganzen Gemeinden oder Genossenschaften, bald einzelnen Personen zustehen, haben ihren Ursprung theils in den alten Markverhältnissen, indem auch diese Nutzungsweise zur Allmende gehörte, theils in grundherrlichen Rechten, theils in besonderen Verleihungen des Staates. (Vgl. § 1 des zürch. Fischereigesetzes, oben § 225, 1)

§ 228.

[678.] Ebenso ist der Fischereiberechtigte befugt, Einsprache zu machen, wenn durch neue Vorkehrungen oder Nutzungen eines Anderen in und an dem Gewässer auch außerhalb seines Fischereibezirkes seiner Fischerei ein erheblicher Schaden zugefügt wird.

1. Neue Vorkehrungen oder Nutzungen. Hierüber siehe die genaueren Vorschriften im Bundesgesetz Art. 2, 12 u. ff. Zur Geltendmachung der gesetzlichen Bestimmungen können nicht nur die richterlichen, sondern auch die Verwaltungsbehörden angegangen werden, insbesondere die Fischenzenaufseher (zürch. Ges. § 9.)

§ 229.

[679.] Indessen kann aus diesem Grunde weder gegen verbesserte Einrichtung der Schiffahrt noch gegen die Errichtung von Wasserwerken oder Anlage von Wiesenwässerungen Einsprache erhoben werden.

Vorbehalten bleibt in den beiden letzteren Fällen, nicht aber im ersteren, der Anspruch des Fischereiberechtigten auf Entschädigung.

1. S. § 214, 9. Das Recht auf Entschädigung kann schon auf dem Wege der Einsprache gegen Erstellung der Anlage geltend gemacht werden. (Z. X, 98.)

2. Entschädigung. Der Grund, weßhalb in den letzten Fällen eine Entschädigung gefordert werden kann, im ersten nicht, ist der, daß die Wasserwerke und die Wiesenwässerungen auch im bloßen Privatinteresse eingerichtet werden, die Schifffahrt dagegen zu der immer vorbehaltenen öffentlichen Benutzung des Gewässers gehört. Wenn daher auch nachgewiesen würde, daß die Einführung der Dampfschifffahrt die Fischereien ernstlich gefährde, so kann dieselbe doch nicht gehindert werden und ist der Fischereiberechtigte auch nicht von dem, der diesen öffentlichen Gebrauch von dem

Fluß oder See macht, zu entschädigen. Aber auch in jenen Fällen muß die Fischerei der Verwendung des Wassers selbst als der eigentlichen Benutzung des Gewässers in ähnlichem Sinne weichen, wie die Jagd der Kultur des Waldbodens, der urbar gemacht wird. Das Interesse, jene Benutzungsweisen voraus zu schützen, ist immerhin das überwiegende, wenn auch die Billigkeit erfordert, daß die Zerstörung der Fischerei durch die bevorzugte Privatbenutzung des öffentlichen Gewässers durch eine Entschädigung an den zu Verlust kommenden Berechtigten ausgeglichen werde.

Zweites Kapitel.

Jagdregal.

§ 230.

[neu.] Mit Vorbehalt der eidgenössischen und kantonalen polizeilichen Vorschriften über Jagd und Vogelschutz gelten die nachfolgenden Bestimmungen betreffend das Jagdregal.

1. Eidgenössische Bestimmungen:
   a. Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz vom 17. Sept. 1875 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. II, 39; zürch. Off. S. Bd. XIX, 123).
   b. Vollziehungsverordnung über das Jagdgesetz vom 12. April 1876 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. II, 156; zürch. Off. S. Bd. XIX, 133).
   c. Verordnung betr. Organisation des Forstwesens, der Jagd und der Fischerei vom 12. März 1880 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. V, 22), Art. 1, b: „Die Verwaltung des Forstinspektorats beim eidg. Handels- und Landwirthschaftsdepartement umfaßt ..... die Besorgung der Geschäfte in Jagdsachen."
   d. Verordnung betr. Einfuhr und Verkauf von ausländischem Wildpret während der geschlossenen Jagdzeit vom 11. März 1879 (Eidg. Amtl. Samml. N. F. Bd. IV, 41).
2. Kantonale Bestimmungen:
   a. Gesetz betr. Jagd und Vogelschutz vom 26. Nov. 1882 (Off. S. Bd. XX, 401).
   b. Regulativ der Polizeidirektion betr. das Verfahren bei Ausrichtung von Prämien für Erlegung schädlicher Thiere vom 17. Mai 1883 (Off. S. Suppl., 195).
   c. Verfügung der Polizeidirektion betr. die Ausrichtung von Jagdprämien vom 14. Juni 1883 (das. 196).

§ 231.

[680.] Niemand ist berechtigt zu jagen, dem nicht ein Jagdrecht verliehen worden ist.

1. Jagdrecht. Ein solches wird erworben durch Lösung eines Jagdpatentes § 1 des zürch. Jagdges. Unter Umständen ist aber das Erlegen von Raubthieren,

Sperlingen, Staaren, Tauben, Drosseln und der Fischerei schädlichen Thieren auch ohne Patent schon nach § 2 das. gestattet.

§ 232.

[681.] Die Jäger sind verpflichtet, das Jagdrecht ohne Belästigung und ohne Schädigung der Grundeigenthümer zu üben, und diesen für den Schaden verantwortlich, welchen sie bei Ausübung der Jagd veranlassen. Die Jagd darf nicht auf fremde Grundstücke erstreckt werden, welche von dem Eigenthümer durch Einfriedigung gegen dieselbe abgeschlossen worden sind.

1. Grundeigenthümer. Die Kultur des Grundeigenthums geht der Ausübung des Jagdrechtes vor, und diese muß den unverletzten Bestand des erstern achten und schonen. Kann die Jagd nicht geübt werden, ohne die landwirthschaftlichen Anpflanzungen zu schädigen, so soll sie gar nicht geübt werden, und jederzeit darf der Grundeigenthümer auch im Interesse seiner Bewirthschaftung des Bodens diesen der Jagd dadurch entziehen, daß er denselben abschließt oder die Kultur desselben umwandelt, z. B. Wald- oder Weidegrund in Ackerfeld oder Wiesland umwandelt. Die Beschränkungen, die der Ausreutung von Wäldern entgegenstehen, sind nicht zum Schutze der Jagdberechtigten, sondern aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt eingeführt.

2. Das kantonale Jagdgesetz hat in § 13 den ersten Satz dieses Paragraphen wiederholt, fügt demselben aber noch bei:

„Ueberdies sind die Weinberge vor Beendigung der Weinlese der Jagd verschlossen und auch nach der Weinlese darf dieselbe bei gelegten Reben nur auf den Kammerwegen betrieben werden. Ebenso ist den Jägern das Absuchen noch nicht abgeernteter Getreide- und Gespinnstpflanzungen untersagt."

Dieser Zusatz ist keineswegs durch das neue privatr. Gesetzb. beseitigt worden.

3. Durch Einfriedigung gegen dieselbe abgeschlossen. Dies ist im kantonalen Jagdgesetz § 1, Abs. 2 genauer dahin bestimmt, daß die Jagd nicht ausgedehnt werden dürfe „auf Grundstücke, die in ihrem ganzen Umfange mit einer wenigstens einem Meter hohen Einfriedigung versehen sind".

§ 233.

[682.] Der Eigenthümer eines nicht in Waldung bestehenden Grundstückes ist jederzeit berechtigt, zur Sicherung desselben Wild, welches darauf kommt, abzufangen und sich anzueignen, soweit nicht die polizeiliche Ordnung und Sicherheit dadurch gestört oder die Jagdordnung verletzt wird.

1. Eines nicht in Waldung bestehenden Grundstücks, also einer Wiese, eines Ackerfeldes, Weinberges. Der Wald dagegen ist das eigentliche Jagdrevier und die Sicherung des Grundeigenthums gegen das Wild hier nicht motivirt.

Dies ist eine Verallgemeinerung des in § 2 des Jagdgesetzes bestimmten an kein Patent gebundenen Jagdrechtes (s. § 231, 1), bezieht sich aber im Unterschied von jenem Paragraphen nur auf Wild, welches auf das Grundstück kommt.

Drittes Kapitel.

Bergwerkregal.

§ 234.

[683.] Das Bergwerkregal erstreckt sich auf alle Fossilien, woraus Metalle gewonnen werden können, ferner auf alle Salzarten, die Salzquellen inbegriffen, und auf Schwefel, Stein-, Braun- und Schieferkohlen.

1. Fossilien. Das Bergwerkregal bezieht sich auf die unterirdischen Räume, in denen nach Metallen gegraben wird und nur insofern Bergbau möglich ist. Die obere zu Tage liegende Erde gehört ganz dem Privateigenthum an, das sich, soweit nicht das Bergrecht beschränkend entgegentritt, auch auf den unterhalb liegenden Boden bezieht (§ 135).

2. Salzarten, gleichviel ob sie bergmännisch bebaut werden, wie bei dem Funde von Steinsalzlagern, oder nicht, wie bei Salzquellen, die an der Oberfläche hervorfließen.

3. Die Schieferkohlen wurden ausdrücklich erwähnt, obgleich sie in weiterm Sinne schon in der Bezeichnung der Stein- und Braunkohlen mit begriffen sind, weil gerade in dieser Beziehung schon unter uns Zweifel gehört wurden und die Beachtung dieser Kohlen für uns ein besonderes praktisches Interesse hat.

4. Mit Bezug auf dieses Regal ist immer noch, soweit nicht die §§ 234—237 entgegenstehen, das Gesetz vom 18. Christmonat 1805 betr. den Bergbau im Kanton Zürich (Mediat. Off. S. Bd. III, 99) in Kraft mit der Modifikation, daß der Bergbau nunmehr unter der Aufsicht der Finanzdirektion steht und der Regierungsrath Schürfbewilligungen und Bergwerkskonzessionen ertheilt, s. Gesetz betr. die Organisation und Geschäftsordnung des Regierungsrathes vom 25. Juni 1870 §§ 23 und 25 (Off. S. Bd. XV, 514).

§ 235.

[684.] Dagegen fallen Steinbrüche und einzelne auf der Oberfläche liegende Steine, auch wenn diese metallische Bestandtheile enthalten, Torf, Salpeter, Heilquellen nicht unter das Regal.

1. Heilquellen, s. § 211, 1. Eben so wenig fallen die Erden: Mergel, Lehm, Gyps unter das Regal.

§ 236.

[685.] Werden auf einem Grundstücke Fossilien gefunden, auf welche sich das Bergwerkregal erstreckt, und die eines bergmännischen Baues fähig und würdig sind, so ist der rechtmäßige Finder befugt, sich der Bergordnung gemäß die Berggerechtigkeit verleihen zu lassen. Will derselbe den Bergbau nicht betreiben, so kann der Staat diesen entweder auf eigene Rechnung betreiben lassen oder einem Anderen verleihen.

1. Der rechtmäßige Finder, sei es der Eigenthümer des Bodens, der beim Graben auf Fossilien stößt, sei es ein Dritter, der mit Bewilligung des Staates d. h. mit einem sogen. Schürfschein versehen, ein Fossilienlager gesucht hat. Zu entscheiden, wer der rechtmäßige Finder sei, ist Sache der Gerichte, während dagegen die Entscheidung der Frage, ob ein aufgefundenes Fossilienlager des Baues fähig und würdig sei, Sache des Regierungsrathes ist. (Z. IX, 276 Nro. 38. Vgl. auch den in Z. XXIV, 311 ausführlich dargelegten Fall.)

2. Berggerechtigkeit. Sie ist ein dingliches, dem Eigenthum ähnliches, aber durch die Rücksicht auf den Bergbau und die Bergordnung beschränktes Herrschaftsrecht, auch „Bergeigenthum" genannt. (Vgl. darüber Bluntschli deutsches Privatr. § 82.)

§ 237.

[686.] In beiden Fällen ist dem Grundeigenthümer, in dessen Boden gegraben wird, der allfällige Schaden, den er infolge des Baues erleidet, und was er zum Behufe desselben an den Unternehmer zu überlassen genöthigt ist, in vollem Maße zu ersetzen.

1. Eine vorgängige Anzeige an den Grundeigenthümer ist nicht nothwendig (Z. XX, 214); dagegen kann Dieser, sobald er mit Schaden z. B. Senkung des Bodens, Rissen in seinem Gebäude bedroht ist, Sicherstellung verlangen (Z. XIV, 161.)

2. Der Grundeigenthümer ist nicht verpflichtet, sich statt des Schadenersatzes Wiederherstellung seines Grundstückes durch den Schädiger gefallen zu lassen, noch auch hat er anderseits das Recht, die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verlangen, falls diese mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde. (Z. XXIV, 388 Erw. 6.)

3. Nur derjenige Grundeigenthümer, in dessen Boden gegraben wird, muß sich die Schädigung gefallen lassen, nicht auch ein Nachbar. (Z. XXIII, 107.)

Fünfter Abschnitt.

Von den Dienstbarkeiten (Servituten).

Erstes Kapitel.

Grunddienstbarkeiten.

A. Begriff und Voraussetzungen.

§ 238.

[687.] Die Grunddienstbarkeiten setzen ein dienendes Grundstück voraus, dessen Eigenthümer infolge der Dienstbarkeit verhindert wird, etwas zu thun, oder genöthigt wird, etwas zu dulden, was er als freier Eigenthümer thun könnte oder nicht zu dulden brauchte.

1. Dienendes Grundstück. An einem in öffentlichem Gewässer stehenden Waschschiff kann keine Grunddienstbarkeit, Prädialservitut bestellt werden. (Z. XXII, 76.)

2. Verhindert wird, etwas zu thun, was er ... thun könnte z. B. daß er nicht höher bauen, keine Fenster an der Wand gegen den Nachbar ausbrechen dürfe u. s. f. Man heißt diese Grunddienstbarkeiten negative (servitutes quæ in non faciendo consistunt), weil durch sie die positive Seite des Grundeigenthums, d. h. die Totalität seiner Herrschaft, beschränkt wird.

3. Genöthigt wird, etwas zu dulden, was er ... nicht zu dulden brauchte z. B. daß der Nachbar über mein Grundstück gehen, reiten, fahren, das Wasser leiten dürfe u. dgl., sogenannte positive oder affirmative Dienstbarkeiten (servitutes quæ in patiendo consistunt), weil durch sie die negative Seite des Eigenthums d. h. die Ausschließlichkeit der Herrschaft, beschränkt wird.

4. Vgl. Gutachten der Juristenfakultät in Zürich über den Unterschied zwischen Reallast und Servitut (B XII, 76.)

§ 239.

[688.] Das Recht der Grunddienstbarkeit steht in der Regel dem Eigenthümer eines anderen, herrschenden Grundstückes und zwar in der Art zu, daß dasselbe nicht von diesem Grundstücke zu trennen ist. Ausnahmsweise aber kann die Grunddienstbarkeit auch zu Gunsten einer Korporation und selbst einer einzelnen Person bestellt werden.

1. Ausnahmsweise u. s. w. Richtig ausgedrückt sind das eben nicht Grunddienstbarkeiten, sondern persönliche Gebrauchsrechte, wie auch schon im römischen Recht z. B. ein Wegrecht als usus erscheint; man nennt sie etwa irreguläre Servituten. Z. B. Einer Korporation, die kein Grundeigenthum hat, steht ein Wegrecht zu, einer Schützengesellschaft ein Recht, über ein fremdes Grundstück zu schießen. So soll einer Gemeinde nach Ansicht des Obergerichtes ein Wegrecht in dem Sinne zustehen können, „daß dessen Ausübung den Bürgern und Bewohnern der Gemeinde, somit dem öffentlichen Gebrauche überlassen sei." Der Weg also nicht etwa ein öffentlicher ist, sondern im Privateigenthum steht (U. 991, 2986). Zu Gunsten einzelner Familien und Individuen kann z. B. auch ein dingliches Recht auf eine Grabstätte begründet sein. (Vgl. Z. IV, 443.) Gewissen Personen wurde das dingliche Recht zugesprochen, in einer fremden Trotte unentgeltlich Wein zu pressen. Bluntschli dagegen und die Praxis faßt solche Rechtsverhältnisse allerdings als Grunddienstbarkeiten auf (vgl. Bluntschli, zürch. Rechtsgesch. Bd. IV, § 15 1). Nach der Praxis sind sie daher nicht wie der Nießbrauch streng persönlich. (Z. IV, 443; XXI, 148 Erw. 5.)

Vgl. Arbenz, Dr. Ed., über Grunddienstbarkeiten zu Gunsten von Personen nach zürch. Recht, Andelfingen 1858.

§ 240.

[689.] Der Inhalt der Dienstbarkeit kann nie darin bestehen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstückes infolge der Dienstbarkeit unmittelbar angehalten werden könnte, etwas zu thun.

1. Servitus in faciendo consistere nequit. Dieser gemeinrechtliche Grundsatz gilt jedenfalls im zürcherischen Rechte ausnahmslos. Es gibt keine Dienstbarkeiten, die in einem Thun des dienenden Grundeigenthümers bestehen, weil das nicht eine bloße Beschränkung des Eigenthums weder in seiner positiven noch in seiner negativen Bedeutung, sondern eine Auflage auf das Eigenthum, eine Reallast wäre. (Vgl. Bluntschli deutsches Privatr. § 87, 4.)

2. Das Obergericht hat erklärt, daß die Verpflichtung eines Hauseigenthümers gegenüber dem Eigenthümer eines Nachbarhauses, die dem letzteren zugekehrte Seite seines Hauses immer weiß zu halten, nicht eine Servitut, sondern nur eine persönliche Verpflichtung sei. (Z. XVI, 173.) Ich würde hier den § 241 für zutreffend gehalten haben.

§ 241.

[690.] Nur insofern die Handlungen oder Vorkehrungen des belasteten Eigenthümers dazu dienen, die Ausübung der Dienstbarkeit möglich zu machen oder zu erleichtern, können ihm dieselben, wie insbesondere der Unterhalt einer Mauer, auf welcher ein Theil des berechtigten Hauses ruht, oder eines Weges, den der Berechtigte benutzt, mit dinglicher Wirkung auferlegt werden.

1. Mauer — Weges. Die eigentliche Dienstbarkeit besteht im erstern Fall darin, daß der A, Eigenthümer der Mauer, verpflichtet ist, die Balken des Hauses

des B darauf ruhen zu lassen, im zweiten darin, daß A die Benutzung seines Weges durch B dulden muß. Aber damit kann die dingliche Verpflichtung für den A verbunden werden, daß er durch Herstellung der Mauer und des Weges die volle Ausübung jener Grunddienstbarkeit von Seite des B möglich mache oder fördere.

2. Können auferlegt werden. Es besteht also nicht wie im gemeinen Recht schon eine gesetzliche Verpflichtung, die Stützmauer zu unterhalten, sondern diese Verpflichtung muß dem Servitutbelasteten besonders auferlegt sein.

B. Entstehung.

§ 242.

[691.] Zur Begründung von Grunddienstbarkeiten, die sich nicht durch eine körperliche Einrichtung darstellen und in dieser ständig fortwirken, bedarf es der Eintragung in das öffentliche Grundbuch.

1. Dieser Grundsatz ist erst durch das privatr. Gesetzbuch von 1854, und zwar mit großer Schonung, unter Ansetzung einer zehnjährigen Frist für den Eintrag bereits bestehender Grunddienstbarkeiten (§ 693), welche dann durch Gesetz vom 22. April 1862 „betr. die Eintragung der Grunddienstbarkeiten und Reallasten in die Grundprotokolle und" (behufs Verminderung der Wegservituten) „die Anlegung offener Flur- und Feldwege" (Off. S. XII, 662), § 18 noch um 2 Jahre, nämlich bis zum 31. Mai 1866, und dann noch einmal durch Gesetz vom 25. Juni 1866 (Off. S. Bd. XIII, 661) um 1 Jahr, bis 1. Juni 1867, erstreckt wurde. Das zürcherische Recht folgte damit der allgemeinen Rechtsentwicklung. Schon das preuß. Landr. I, 22 § 18 hatte den nämlichen Grundsatz ausgesprochen; Oesterr. § 411 hat ihn auf alle Grunddienstbarkeiten, auch die, die sich durch eine körperliche Anstalt darstellen, ausgedehnt. Ihm folgten Luzern § 337, Bern § 449. Neuere Gesetzbücher wie Graubünden, Aargau, Sachsen, verlangen dagegen die Eintragung nicht. Die Erfahrungen im Kanton Zürich haben die Einführung des Grundsatzes vollkommen gerechtfertigt. Die früher häufigen langwierigen und kostspieligen Servitutprozesse mit ihren endlosen Zeugeneinvernahmen und theuren Plänen sind verschwunden; der Bodenkredit ist nicht mehr durch verborgene Lasten gefährdet.

2. Dieser Paragraph unterscheidet zwei Gruppen von Grunddienstbarkeiten:

a. solche, die sich durch eine körperliche Einrichtung darstellen und in ihr beständig fortwirken; sie müssen nicht notarialisch gefertigt werden § 245;

   z. B. Das Recht, in fremdem Boden eine Wasserleitung zu haben, einen Gebäudetheil in den Luftraum über fremden Boden hineinragen, eine Dachtraufe hinübergehn zu lassen;

b. solche, welche sich nicht durch eine körperliche Einrichtung, in welcher sie beständig fortwirken, darstellen; sie müssen notarialisch gefertigt werden;

   z. B. Das Recht, auf fremdem Boden Vieh weiden zu lassen, Wasser zu schöpfen, über einen fremden Hofraum zu gehn, dem Nachbar das Höherbauen zu verbieten.

Es ist der Grundsatz der Publizität der dinglichen Last, welche der zürch. Servitut wie dem Pfandrechte zu Grunde liegt.

3. Für die Eintragung ins Grundprotokoll gelten die gewöhnlichen Regeln s. § 118.

§ 243.

[692.] Der Vertrag für sich allein oder ein anderer auf Bestellung einer Dienstbarkeit der Art gerichteter Rechtstitel, z. B. gerichtliche Zusprechung, Vermächtniß, kann zwar wohl Denjenigen, der einem Anderen die Dienstbarkeit verspricht, oder dem sie auferlegt worden, und seine Erben persönlich verpflichten, jenem den Genuß derselben zu verschaffen, auch den zur Begründung einer wirklichen Dienstbarkeit nöthigen Vormerk in dem Grundbuche vorzunehmen, erzeugt aber noch keine dingliche an dem Boden haftende Beschwerde.

1. Der Vertrag, durch welchen A dem B z. B. das Recht gibt, den Weg über sein Grundstück zu benutzen, kann entweder den Sinn haben, A verpflichtet sich, dem B eine (dingliche) Weggerechtigkeit zu gewähren (pactum de servitute constituenda); dann wird A dem B persönlich obligirt, die Vormerkung im Grundbuch vornehmen zu lassen und dadurch die Servitut wirklich zu bestellen. Oder der Vertrag hat auch seinem endlichen Ziele nach eine bloße obligatorische Bedeutung, d. h. der A wird nur persönlich verpflichtet, den B nicht zu hindern, wenn er den Weg benutzt, ohne daß eine feste, den jeweiligen Eigenthümer verbindende Grunddienstbarkeit entstehen soll. Beide Verpflichtungen sind obligatorisch und gehen auf die Erben des Schuldners über (ganz abgesehen von dem Eigenthum an den Grundstücken), aber die erste ist zugleich ein Titel zur Begründung eines dinglichen Rechts, letztere nicht.

2. Die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen dem bloßen Vertrag auf Bestellung einer Servitut und der Bestellung selbst liegt darin: im ersteren Falle ist ein Dritter Erwerber des Bodens, welcher mit der Servitut belastet werden soll, nicht ohne besondere Uebernahme der Verpflichtung an den Vertrag gebunden und muß sich also die Servitut nicht gefallen lassen; im letzteren kann er sich dagegen derselben nicht entziehen.

3. Daraus folgt, daß für die Bestellung der Servitut zum Vertrage hinzukommen muß, entweder

a. eine körperliche Einrichtung, welche die Servitut darstellt (§ 245) oder
b. die notarialische Fertigung (§ 242).

§ 244.

[694.] Die Ersitzung derartiger Dienstbarkeiten setzt voraus:

a. daß zwar die Eintragung oder der Vormerk der Dienstbarkeit in dem Grundprotokolle geschehen sei, aber an einem inneren Mangel leide, insbesondere weil der bestellende Theil nicht Eigenthümer oder nicht handlungsfähig war;
b. fortgesetzten und unwidersprochenen gutgläubigen Besitz von zehn Jahren.

Dieselbe berechtigt den Ersitzer, nunmehr eine wirksame Eintragung vornehmen zu lassen, durch welche jener Mangel gehoben wird.

1. Vgl. die Ersitzung von Grundeigenthum §§ 121 u. ff.

2. Handlungsfähig s. Bundesgesetz betr. die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881.

3. Unwidersprochenen gutgläubigen Besitz s. § 73. Das gemeine Recht verlangt nur, daß der Besitz fehlerlos sei.

4. Berechtigt den Besitzer. Die Ersitzung begründet also nicht die Servitut selbst, sondern gibt nur einen Rechtstitel auf Bestellung derselben durch notarialische Fertigung (vgl. § 243, 3).

§ 245.

[695.] Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Anstalt darstellen, können auch ohne Vormerk in dem Grundprotokolle durch ein auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichtetes Rechtsgeschäft, z. B. einen Vertrag mit dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes, verbunden mit der Errichtung jener Anstalt, bestellt werden.

Solche Anstalten sind z. B. Dachtraufen, ein überragender Bau; ferner Wasserleitungen, Tollen, Gasleitungen u. dgl., auch wenn sie verborgen liegen; ebenso Thüren, Fensterladen und Treppen in Häusern sowohl als an der Einfriedigung eines Grundstückes, soweit Zweck und Bestimmung derselben außer Zweifel stehen.

1. Das frühere Gesetz sagte: „Ständige Dienstbarkeiten, welche sich" u. s. w. und es ist noch der Gegensatz davon stehen geblieben in § 242, wo ausdrücklich die Rede ist von Dienstbarkeiten, „die sich nicht durch eine körperliche Einrichtung darstellen und in dieser ständig fortwirken." Das Wort ist gestrichen und damit, entgegen früheren Entscheidungen (Z. XIX, 179), an der Hand des in Ziff. 4 erwähnten Gesetzes und der jetzt bestehenden Gerichtspraxis (s. Entscheid des Kassations-Gerichtes in den Blättern für handelsgerichtliche Entscheidungen Bd. VI, 218 bes. Erw. 5; OG. 1883, Nr. 106) auf eine Zuschrift des Kassationsgerichtspräsidenten hin der Kreis der nicht nothwendig zu fertigenden Servituten erweitert worden: auch solche Servituten, welche nicht ständig fortwirken, aber sich durch eine Anstalt der genannten Art darstellen werden ohne Vormerk im Grundprotokoll bestellt, dadurch, daß die Anstalt auf Grundlage eines auf die Bestellung gerichteten Rechtsgeschäftes angebracht wird.

2. Das französische Recht hat (Code civ. § 691) den Gegensatz zwischen ständigen und nicht ständigen Dienstbarkeiten besonders ausgebildet. Als ständige Dienstbarkeiten (servitudes continues) werden die angesehen, welche ohne Unterbrechung geübt werden, z. B. die Servitut der Wasserleitung (Z. XVIII, 63 Nro. 26) im Gegensatz zu denen, welche nur von Zeit zu Zeit ausgeübt werden, z. B. die Servitut der Viehtränke an einer Quelle.

3. Zu Abs. 2. Die Beispiele des ersten Theils dieses Absatzes sind aus dem früheren § 691 herüber genommen; der zweite Theil entspricht dem § 20 Abs. 2 des Gesetzes betr. die Eintragung der Grunddienstbarkeiten (s. § 242, 1.) Auch die Worte „auch wenn sie verborgen liegen" sind diesem Gesetze, nämlich § 20 Abs. 1, entnommen.

4. Zweck und Bestimmung. Die bauliche Anlage muß offenbar die Ausübung der Dienstbarkeit zum Zwecke haben. Es wird dafür nicht gefordert, daß die Anstalt ausschließlich der berechtigten Liegenschaft diene; es genügt, daß der Eigenthümer der belasteten Liegenschaft wahrnehmen muß, daß diese dem Dritten dienstbar sei. (OG. 1883 Nro. 66.)

§ 246.

[696.] Dergleichen Dienstbarkeiten können überdies durch zehn Jahre lang ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzten gutgläubigen Besitz (§ 73), auch wenn ein Erwerbstitel nicht vorliegt, ersessen werden.

Der Erwerber einer solchen Dienstbarkeit kann verlangen, daß dieselbe im Grundbuche vorgemerkt werde.

1. In manchen Fällen wird aus der einfachen Existenz einer derartigen Anstalt, zumal einer wichtigen und augenfälligen, schon unter Umständen geschlossen werden können, dieselbe beruhe auf einem Vertrag mit dem Eigenthümer, der die Errichtung habe gewähren lassen — z. B. wenn ein Kanal des B über das Grundstück des A geleitet wird und der anwesende A die Baute ohne Widerrede geschehen läßt —; und dann bedarf es der Ersitzung gar nicht, sondern es kommt schon § 245 zur Anwendung, ungeachtet kein schriftlicher Vertrag, noch eine ausdrückliche mündliche Verabredung nachgewiesen werden kann. In dem Werke offenbart sich dann der Vertragswille klar genug.

2. Eine solche Ersitzung ist auch an öffentlichen Sachen möglich. (Z. XVII, 421 Erw. 7 ff., Vgl. § 61, 1 im Gegensatz zu § 60, 4.)

3. Die Ersitzung wird schon durch das an den Friedensrichter gestellte Gesuch um Ausstellung der Weisung unterbrochen. (Z. IX, 276.)

4. Absatz 2, welcher neu hinzugefügt worden ist (Absatz 1 ist, obwohl in der Referendumsausgabe angestrichen, nur redaktionell wenig verändert) bezieht sich nicht nur auf die ersessenen, sondern auf alle greifbaren Dienstbarkeiten, entsprechend Bluntschli's Kommentar § 695, 2, und würde daher wohl besser einen eigenen Paragraph bilden.

C. Untergang.

§ 247.

[697.] Die im Grundbuche vorgemerkten Grunddienstbarkeiten können, außer den durch besondere eidgenössische oder kantonale Gesetze geregelten Fällen der Zwangsabtretung[1], mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte nur durch Löschung im Grundprotokolle aufgehoben werden.

1. Vorgemerkte. Gleichviel, ob sie vorgemerkt werden mußten, um zu gelten (§ 242), oder ob der Servitutberechtigte sie freiwillig vormerken ließ (§ 246 Abs. 2.) Das durch das Grundbuch beglaubigte dingliche Recht kann vollständig auch nur durch

das Grundbuch wieder zerstört werden, d. h. so lange die Löschung nicht vollzogen ist, dauert im Verhältniß zu Dritten die eingetragene Beschwerde fort.

2. Zwangsabtretung. Vgl. §§ 117, 191, 319.

Das kantonale Gesetz (Off. S. Bd. XX, 114) bestimmt:

§ 56. „Mit der Bezahlung der Entschädigung gehen die abzutretenden Rechte ohne Weiteres an den Exproprianten über.

§ 57. Ist in Folge der Abtretung Eigenthum an den Exproprianten übergegangen, so erlöschen damit alle dinglichen Rechte dritter Personen an dem Abtretungsgegenstand."

Ebenso das Bundesgesetz in den Art. 14 und 44 (§ 117, 4) und (gleich § 57 des kantonalen Gesetzes) Art. 45.

3. Die Worte des alten Gesetzes: „Zur Aufhebung der übrigen Grunddienstbarkeiten ist die Löschung im Grundprotokoll ebenfalls anwendbar, aber nicht nothwendig", sind gestrichen worden. Solche Löschungen kommen wohl nicht vor.

§ 248.

[697.] Der Eigenthümer des dienenden Grundstückes kann verlangen, daß der Berechtigte in die Löschung einwillige und diese vornehmen lassen, wenn

a. der Berechtigte auf die Dienstbarkeit Verzicht geleistet hat;

b. es sich um eine Wegdienstbarkeit handelt, die bestanden hat zur Befriedigung eines Bedürfnisses, welches nunmehr durch das Vorhandensein einer öffentlichen Straße oder eines offenen Weges befriedigt wird;

c. der Verpflichtete die Dienstbarkeit auf Grund des Gesetzes betreffend die städtische Bauordnung ablöst.

1. Vornehmen lassen. Der Berechtigte ist zur Mitwirkung bei der Löschung nöthigenfalls gerichtlich anzuhalten unter der Androhung, daß beim Nichterscheinen auch ohne seine Mitwirkung die Löschung vorgenommen werde.

2. Wenn der Berechtigte einfach und ohne Entgelt Verzicht leistet, so muß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Kosten der Löschung tragen.

3. Zu lit. a. Z. B. Auf dem Hause des A ruht die einprotokollirte Dienstbarkeit zu Gunsten des Hauses des B, daß die Bewohner des letztern Wasser bei dem Brunnen des A holen dürfen. B verzichtet einfach auf dieses Recht oder er gibt sein Recht gegen Entgelt auf, aber es wird die Dienstbarkeit nicht gelöscht. Wollte später B doch Wasser holen und sich auf den Fortbestand der Dienstbarkeit berufen, so könnte A ihm unter Beziehung auf den Verzicht oder den Loskauf eine Einrede entgegensetzen. Wenn aber B das Haus an C verkauft und in dem Kaufbriefe des C aus dem Grundprotokoll das noch ungelöschte Recht — ohne daß C von dem Verzicht oder Loskauf weiß — vorgemerkt ist, so hat A dem die Servitutenklage (actio confessoria) anstellenden C gegenüber keine Einrede. Dies war früher in § 699 ausdrücklich gesagt, ist nun aber als schon in § 247 inbegriffen weggelassen worden.

4. Zu lit. b. Das Gesetz betr. die Eintragung von Grunddienstbarkeiten vom 22. April 1862 (Off. S. Bd. XII, 662) bestimmt in § 32: „Insoweit durch das Vorhandensein eines offenen Weges das Bedürfniß befriedigt wird, für welches bisher eine Wegdienstbarkeit bestanden hat, muß sich der Inhaber der letzteren deren Untergang gefallen lassen." (Vgl. Z. XIX, 194.) Die Bestimmung ist aber nicht anwendbar, wenn die Servitut erst beim Vorhandensein des offenen Weges bestellt worden ist. (Z. XVII, 280; XIX, 192 Erw. 1.)

5. Zu lit. c. Die Bauordnung vom 30. Juni 1863 (Off. S. Bd. XIII, 143) bestimmt:

§ 25. „Auf Verträgen oder Reversen beruhende Beschränkungen der Baufreiheit, wodurch Bauten gehindert werden, welche nach den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes als zulässig erscheinen würden, können abgelöst werden, wenn ein solcher Vertrag oder Revers wegen inzwischen eingetretener veränderter Verhältnisse seine Bedeutung, insbesondere seinen Werth, für den Berechtigten wesentlich verloren hat, oder wenn die Nachtheile, welche durch solche Urkunden abgewendet werden sollten, auf andere geeignete Weise beseitigt werden können." (Vgl. Z. XXIII, 122, Nro. 31.)

§ 26. „Streitigkeiten über die Anwendung des § 25 sind Rechtssache", u. s. w.

§ 249.

[698, 700.] Die Grunddienstbarkeiten gehen unter:

a. durch **Vereinigung** des herrschenden und des dienenden Grundstückes in der Hand des nämlichen Eigenthümers;

b. durch **Beseitigung der Anstalt**, wenn dieselbe entweder sich auf einen Vertrag oder auf einen anderen auf Aufhebung gerichteten Rechtstitel stützt, oder auch ohne solche, wenn dieselbe nicht innerhalb zehn Jahren wieder hergestellt worden ist; sind solche Dienstbarkeiten im Grundprotokolle eingetragen, so gewährt der Vertrag oder der Nichtgebrauch nur einen Titel auf Löschung zu Gunsten des Eigenthümers des dienenden Grundstückes.

1. Wenn die Personen des servitutberechtigten und des servitutverpflichteten Grundeigenthümers zusammentreffen und zu Einer Person werden, so wird die Freiheit des Eigenthums von selbst hergestellt, weil die Beschränkung desselben, die bisher einem Andern zustand, mit diesem wegfällt. Ein solches Zusammentreffen wird *Konfusion*, *Konsolidation* genannt.

2. Nach § 247 gibt auch der Fall von lit. a bei im Grundprotokoll eingetragenen Servituten nur einen Titel auf kanzleiische Löschung derselben, so daß wenn die beiden Grundstücke ohne letztere wieder in verschiedene Hand kommen, die Servitut sofort wieder geltend gemacht werden kann, es wäre denn, daß dem neuen Erwerber des herrschenden Grundstücks etwa eine Einrede sei es der Arglist oder einer persönlichen Verpflichtung entgegenhalten werden könnte, wie das im früheren § 699 ausdrücklich angegeben war. Z. B. A, der Servitutverpflichtete, wird alleiniger Erbe des Servitutberechtigten B oder kauft das Haus des B und wird Eigenthümer beider Häuser.

Später verkaufen die Erben des A wieder das eine (ursprünglich berechtigte) Haus an C, und die Servitut ist nicht gelöscht. Da kann sie von C wieder geltend gemacht werden.

3. Zu lit. b. Das erste „dieselbe" bezieht sich auf die Beseitigung, das zweite auf die Anstalt. Der bloße Nichtgebrauch ohne Beseitigung der Anstalt genügt also nie zum Untergang der Servitut (Z. XVIII, 438; ungenau OG. 1884, Nro. 47) m. a. W. es genügt nicht der bloße non usus es bedarf auch der usucapio libertatis wie bei den römischen servitutes prædiorum urbanorum. Damit ist es zudem streng genommen worden. Das bloße Zerfallenlassen einer Leitung ist für nicht genügend erklärt worden (Z. XX, 227), ebenso die bloße Schädigung durch Dritte (Z. XVIII, 441, Erw. 6), beim Wasserleitungsrecht ebenso für nicht genügend die Beseitigung des Wasserwerkes und Nichtbenutzung der dazu führenden Leitung; während diese selbst im Boden liegen blieb (das. Erw. 4 f., Z. XX, 229 Erw. 4); dagegen ist gleichgültig, ob der Berechtigte selbst oder Dritte oder Naturereignisse die Anstalt beseitigt haben (Z. XVIII, 441, Erw. 6 f.)

4. Wenn die Beseitigung deutlich mit der Absicht des Verzichtes auf die Servitutberechtigung vorgenommen worden ist, so bedarf es des Ablaufes der zehn Jahre nicht. (Z. IX, 195; XIX, 195.)

§ 250.

[neu.] Ist das herrschende Grundstück mit einem Pfandrechte belastet und die Dienstbarkeit in der betreffenden Schuldurkunde vorgemerkt, so ist zur Löschung des Eintrages im Grundprotokolle, ausgenommen in den Fällen des § 248 lit. b und c, die Zustimmung des Pfandgläubigers erforderlich.

1. Das Pfandrecht des Schuldbriefgläubigers, wie es im Schuldbriefe steht, darf nicht ohne dessen Einwilligung durch rechtliche Thatsachen geschwächt werden; das könnte aber leicht geschehen durch den Untergang einer Servitutberechtigung des verpfändeten Grundstücks. Z. B. einem Hause steht das Recht zu, zu hindern, daß ihm die Aussicht verbaut werde, was den Werth dieses Hauses bedeutend erhöht und daher auch ermöglicht hat, ein großes Kapital auf dasselbe aufzunehmen. Nun verzichtet der Hauseigenthümer gegen oder ohne Entgelt auf dieses Recht und es soll die Aussicht gänzlich verbaut werden. Das braucht sich der Schuldbriefkreditor nicht gefallen zu lassen. In den Fällen des § 248 b und c kann eine solche Entwerthung nicht stattfinden.

D. Allgemeine Grundsätze.

§ 251.

[701.] Im Zweifel ist eher für die Freiheit des Eigenthums als für die Beschränkung desselben durch die Dienstbarkeit zu vermuthen.

1. Nicht allein das volkswirthschaftliche Interesse verlangt diesen von den Römern zuerst erkannten Grundsatz, er folgt aus der juristischen Natur des Eigenthums von

selbst, welches sich als vollkommene Herrschaft überall bewährt, wo nicht eine davon erst abgeleitete offenbare Dienstbarkeit ihm hindernd in den Weg tritt.

2. Z. B. A verlangt für sein Grundstück ein unbeschränktes Fahrwegrecht über das Grundstück des B; B aber anerkennt ein solches nur für Handkarren und einspännige Wagen. Da muß A sein weiter gehendes Recht beweisen. (Z. XVI, 275, Nro. 59; XIX, 176.) Dagegen ist nicht etwa die Fortexistenz einer einmal konstituirten Servitut zu beweisen, sondern wer den Untergang behauptet, hat die Beweislast. (Z. XVIII, 439 Erw. 1.)

3. Eine auf Uferland lastende Servitut ist im Zweifel nicht auf eine Landanlage auszudehnen (Z. XII, 381); gewiß aber hindert dies wie im römischen Recht nicht, daß die Anschwemmung, welche Theil des Uferlandes wird, als mit diesem belastet erscheint.

§ 252.

[702.] Derjenige, welchem eine Dienstbarkeit zusteht, ist berechtigt, alles, was zur Erhaltung oder Benutzung derselben nöthig ist, vorzunehmen.

1. Z. B. Wer eine Brunnenleitung durch fremden Boden hat, ist berechtigt, die nöthigen Reparaturen vorzunehmen und zu diesem Behuf auch Graben zu öffnen. Aber er muß dieses Recht so ausüben, daß er das Eigenthum möglichst schont. (Vgl. preuß. Landr. I, 22, § 33; Code civ. § 697, Z. II, S. 372.)

§ 253.

[703.] In der Regel hat der belastete Eigenthümer die Kosten für den Unterhalt und die Herstellung der für die Dienstbarkeit erforderlichen Einrichtungen nicht zu tragen, sondern sind dieselben von dem Berechtigten selber zu übernehmen.

1. Es folgt diese Regel aus dem Prinzip des § 240 und des § 252. Z. B. Die Herstellung der zerstörten Wasserleitung geschieht in der Regel auf Kosten des Servitutberechtigten. (Vgl. preuß. Landr. I, 22, § 36; österr. Ges. § 483; Code civ. § 698; Z. I, 197, Nro. 48, XXIII, 121, Nro. 30.)

2. In der Regel. Das trifft nicht zu, wenn die Servitut nur dahin geht, eine Anstalt des Andern, z. B. eine Trotte, mit zu benutzen. (Z. IV, 446 Erw. 6.) Bei beidseitigem Interesse an der Anstalt kann auch eine Theilung der Kosten eintreten. (Z. XVIII, 67, Erw. 4.) Wenn z. B. die Wasserleitung, welche durch das Gut des A dem B zufließt, zuerst von A zu einem Brunnen benutzt wird, oder wenn der Brunnen, die Kloake oder der Fahrweg von beiden Nachbarn benutzt wird, so wird um deßwillen im Zweifel anzunehmen sein, auch ohne ausdrückliche Verabredung verstehe sich von selbst, daß die erforderlichen Reparaturen auf gemeinsame Kosten gemacht werden. Es ist dieser Grundsatz auch anerkannt in dem preuß. Landr. I, 22, § 36, österr. Ges. § 483, Bern § 455, Luzern § 331, Graubünden § 251, Aargau § 531. Vgl. unten § 266; ferner § 254, wo aber von einer vertraglichen Verpflichtung die Rede ist.

§ 254.

[704.] Wenn ausnahmsweise dem belasteten Eigenthümer die Kosten für Unterhalt und Herstellung solcher Vorrichtungen entweder ausschließlich überbunden sind, oder theilweise, wie insbesondere wegen Mitbenutzung, so ist derselbe doch jederzeit berechtigt, gegen eigenthümliche Ueberlassung des dienenden Grundstückes (§ 260) an den Inhaber der Dienstbarkeit sich von dieser Last zu befreien.

1. Ausschließlich überbunden. Vergleiche darüber oben § 241, 2. Es kann ihm dinglich auferlegt sein, daß er den Brunnen auf seine Kosten unterhalte, bei welchem der Nachbar Wasser holen darf, daß er den Fahrweg auf seinem Gebiete in gutem Stande erhalte, den der Nachbar benutzen darf u. s. f. Das preuß. Landr. I, 22, § 35 geht weiter und vermuthet für die Unterhaltungspflicht des dienenden Grundeigenthümers, sobald der Berechtigte die Dienstbarkeit durch einen lästigen Vertrag erworben. Möglich, daß man unter Umständen aus dem Vertrag auf jene Meinung schließen darf, aber für eine gesetzliche Vermuthung der Art ist nicht Grund genug.

2. Des dienenden Grundstücks. Der Eigenthümer des dienenden Grundstücks ist doch nur als solcher zur Tragung der Dienstbarkeit und daher mittelbar, wo die Ausnahme des § 254 besteht, zur Uebernahme der Unterhaltungskosten verpflichtet. Ueberläßt er das Eigenthum selbst dem Servitutberechtigten, so wird er von der Servitut und ihrem Anhängsel frei. Indessen darf hier einer chikanosen Auslegung des Satzes kein Raum verstattet werden. Wenn z. B. der Eigenthümer A des Gartens verpflichtet ist, eine Mauer auf seine Kosten zu unterhalten, die dem Nachbar B dient, so genügt es nicht, daß A die Mauer an B abtrete, um sich von der Unterhaltungspflicht zu befreien. Nur wenn er den ganzen Garten als das „dienende Grundstück" abtritt, auf welchem die Dienstbarkeit lastet, so wird er frei. Ganz ebenso beim Miteigenthum. (Vgl. Z. XIII, 192, Erw. 13.)

Die Abtretung muß natürlich durch Fertigung im Grundbuch vollzogen werden, damit das Eigenthum übergehe (§ 117.)

§ 255.

[705.] Der belastete Eigenthümer darf nichts vornehmen, wodurch die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert würde.

1. Das ist nach vernünftigem Ermessen zu beurtheilen, und so z. B. vorübergehende Versperrung eines Durchgangs zur Vornahme baulicher Veränderungen zu gestatten. (Z. XV, 141, Nro. 53.) Ebenso ist in einem Falle eine Erschwerung eines Weges darin nicht gefunden worden, daß der Weg vom Eigenthümer abgeschlossen und dem Berechtigten ein Schlüssel dazu eingehändigt wurde. (In Sachen Wunderli c. Leemann 3. Dez. 1872.)

§ 256.

[706.] Läßt sich die Ausübung der Dienstbarkeit ohne Nachtheil für den Berechtigten von einer Stelle auf eine andere übertragen, so kann

der Berechtigte auf das Begehren des belasteten Eigenthümers diese Versetzung nicht versagen.

1. Der Code civ. § 701 gestattet eine derartige Versetzung z. B. eines Weges oder einer Brunnenleitung u. dgl. nur, wenn die ursprüngliche Plazirung seither für den Eigenthümer des dienenden Grundstücks lästiger geworden ist oder wenn sie ihn verhindert, nützliche Verbesserungen anzubringen. Derlei Motive werden in dem Grundeigenthümer regelmäßig den Wunsch der Veränderung erwecken, aber der Nachweis derselben scheint nicht nöthig.

2. Von einer Stelle. Das frühere Gesetz hatte beigefügt „des belasteten Grundstücks". Nachdem aber das Obergericht entschieden hatte, daß nach diesem Paragraphen auch die Verlegung einer Dienstbarkeit von einem dienenden Grundstücke auf ein anderes gestattet sei (Z. XII, 136; XXI, 242, Erw. 1 und 2), sind diese Worte gestrichen worden, damit sie nicht etwa Zweifel hierüber erwecken. Dagegen hat das Gericht erklärt, daß Niemand gezwungen werden könne, seinen Weg in ganz anderer Richtung als biher zu nehmen, auch wenn der Ersatz für den Berechtigten ebenso vortheilhaft oder gar vortheilhafter sein würde, als sein bisheriges Recht. (Z. XXI, 244, Erw. 3 und 4); und eben so wenig kann Jemand auf Grund dieses Paragraphen gezwungen werden, den Weg durch sein eigenes Land zu nehmen und dagegen die Servitutberechtigung aufzugeben. (Z. XV, 147 Erw. 6), wie überhaupt in diesem Paragraphen immer vorausgesetzt ist, daß die alte und die neue Stelle dem nämlichen Eigenthümer gehören, oder der Eigenthümer der alten sonst berechtigt sei, der neuen eine Last aufzulegen.

§ 257.

[707.] Steht eine Dienstbarkeit einem herrschenden Grundstücke zu, so ist das Maß ihrer Ausübung, soweit nicht anerkannte Uebungen oder besondere Rechtsgründe eine Erweiterung begründen, durch das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes beschränkt.

1. Diese Regel hat wieder die römische Jurisprudenz zuerst allgemein ausgesprochen, obwohl der Gedanke selbst auch den deutschen Völkern schon, bevor sie das römische Recht kennen lernten, in wichtigen Anwendungen klar geworden ist. Z. B. Wenn das Recht, den Steinbruch des A zu benutzen, dem Landgut des B zusteht, so darf B nur zu den Bauten auf seinem Gut, nicht zum Verkauf Steine holen, ebenso wenn mit der Wohnung des B das Recht verbunden ist, Holz in dem Walde des A zu holen, oder mit dem Hofe des B das Recht, sein Vieh auf der Weide des A zu weiden. Da beschränkt sich im Zweifel die Dienstbarkeit auf das Bedürfniß der Wohnung des A zu Bau und Brand oder von so viel Vieh, als auf seinem Hofe überwintert werden kann.

2. Anerkannte Uebungen oder besondere Rechtsgründe. Diese Ausnahme findet ihre Erklärung theils in der Entwicklung des deutschen Rechts, indem mancherlei heutige Dienstbarkeiten aus alter Grundherrschaft hervorgegangen sind und dann sich zuweilen in größerer Ausdehnung erhalten haben, theils in den Bedürfnissen des Lebens. Es gilt das namentlich auch von Holz- und Weidegerechtigkeiten.

3. Das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks. Dieses kann nicht etwa dazu berechtigen, an die Stelle einer vorhandenen Vorrichtung eine andere zu setzen, denn dadurch würde nicht nur die Ausübung, sondern die Dienstbarkeit selbst verändert; dagegen steht dieses Bedenken der bloßen Tieferlegung einer Wasserleitung nicht entgegen, der Belastete, der davon außer dem vorübergehenden Aufbrechen des Bodens keinen Nachtheil hat, kann sich ihr nicht widersetzen. (Z. XXIII, 121, Nro. 30.)

4. Das Obergericht hat schon wiederholt Vorkehrungen für unzuläßig erklärt, welche die Gefahr in sich tragen, daß ein Wegberechtigter seinen Weg auch für andere als das wegberechtigte Grundstück benutze. (Z. X, 467; XII, 138, Nro. 56; XIX, 181, Erw. 1.)

§ 258.

[708.] Steigt dieses Bedürfniß infolge veränderter Kultur des herrschenden Grundstückes, so muß sich zwar der Eigenthümer des dienenden Grundstückes diese Erweiterung gefallen lassen, ist aber in erheblichen Fällen berechtigt, Entschädigung zu verlangen.

1. Kultur. Wenn z. B. zu Gunsten eines magern Haferfeldes ein Wegrecht bestand und es wird nun der Boden tüchtig gedüngt und reicher bepflanzt, oder wenn zu Gunsten eines Weidegrundes ein Wegrecht bestellt war und es wird derselbe als Wiese gedüngt und gemäht, so kann der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht aus dem Grunde den Weg versagen, daß dadurch die Beschwerde für ihn lästiger werde, wenn nur der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks ihm für erhebliche neue Beschwerung billigen Ersatz leistet. Die bestehenden Rechte und Beschwerden sind nicht absolut starr, sondern müssen sich der Veränderung des Lebens anschmiegen; und die Billigkeit gleicht durch Entschädigung aus, wo die Aenderung für den einen Theil ungewöhnlich lästig erscheint. (Z. XIX, 182, Nro. 36, Nro. 37.)

2. Durch obergerichtliches Urtheil wurde das Begehren eines wegberechtigten Grundbesitzers anerkannt, das bisherige Zelgwegrecht in ein beständiges Fahrwegrecht gegen Entschädigung umzuwandeln (Z. V, 94); dagegen eine Ausdehnung des obigen Grundsatzes auf Erweiterung einer Wasserleitung nicht zugestanden. (Z. VII, 79, 84.)

§ 259.

[709.] Wird das Bedürfniß durch eine veränderte Benutzungsweise des herrschenden Grundstückes, z. B. durch Herstellung eines Wohngebäudes auf vormaligem landwirthschaftlichem Boden vergrößert, so ist der Eigenthümer des dienenden Grundstückes nicht verpflichtet, diese Vermehrung der Beschwerde zuzulassen.

1. Veränderte Benutzungsweise, die nicht bloß die Kultur des Grundstücks, sondern das Wesen desselben verändert. Es kann sich fragen, ob die Umwandlung des Waldes in Ackerland nicht schon hieher gehöre oder besser doch noch unter § 258 zu subsumiren sei. Aber sicher ist der Neubau von Wohnhäusern und ordentlichen Oekonomiegebäuden, wo bisher keine waren, eine so durchgreifende Neuerung, daß um deßwillen

wohl eine zu Gunsten des früher unbewohnten Grundstücks bestehende Servitut nicht bloß ausgedehnt, sondern zu etwas wesentlich anderm werden kann, wenn sie auf die Benutzung des Gebäudes übergehen soll. Inwiefern dieß im einzelnen Falle so sei oder nicht, läßt sich nicht durch abstrakte Gesetze, sondern nur je nach den Umständen durch das vernünftige Ermessen des Richters beurtheilen.

2. Die Benutzung einer wegberechtigten Wiese zur Grünfütterung an Stelle der früheren Produktion von Heu und Emd ist nicht unter § 259, sondern unter § 258 gezogen worden, weil es sich dabei um eine Veränderung der Benutzung nicht des Grundstücks selbst, sondern nur seiner Früchte handle. (Z. XIX, 182, Nro. 36.)

3. Der mit einem Wegrecht für ein bloßes Wohnhaus Belastete muß sich nicht gefallen lassen, daß der Weg, nachdem das Haus zur Wirthschaft eingerichtet worden, nun auch von den Gästen (Z. XXIII, 340) oder nachdem es zur Fabrik gemacht ist, auch von den Fabrikarbeitern (OG. 1872, Nro. 20) benutzt werde.

§ 260.

[710.] Die Grunddienstbarkeiten bestehen als untheilbare Rechte auch nach realer Theilung des dienenden oder des herrschenden Grundstückes für alle Theile desselben fort, sofern sie nicht ihrer besonderen Natur oder Bestimmung nach sich ausschließlich auf einen bestimmten Theil des dienenden oder des herrschenden Grundstückes örtlich beschränken.

1. Z. B. Das Wohngebäude des A hat ein Wegrecht über den Hofraum des B und eine Brunnenleitung durch die Wiese des C. Später wird das Wohngebäude des A unter zwei Erben desselben, D und E, so getheilt, daß D die eine Hälfte (den einen Flügel) und E die andere übernimmt. Sowohl D als E können für ihre halben Häuser das Wegrecht und das Recht auf die Brunnenleitung ausüben, und zwar jeder selbständig. Im Verfolg wird auch die Wiese des C in Stücke (Bauplätze) zerlegt und an F, G, H und J werden einzelne Stücke derselben zu Eigenthum gegeben. Wenn die Wasserleitung durch alle diese Stücke hindurchgeht, so sind auch F, G, H und J jeder für sein Eigenthum servitutverpflichtet.

2. Eine Beschränkung findet diese Regel da, wo die Natur der Dienstbarkeit selbst oder deren Bestimmung eine andere Behandlungsweise erfordert. Z. B. Wenn in obigem Beispiele die Wasserleitung nur durch die Stücke des F und G, nicht durch die des H und J durchzieht, so sind H und J frei von dieser Dienstbarkeit und bleiben nur F und G verhaftet, ungeachtet ursprünglich die Servitut auf der Wiese des C als einem Ganzen gelastet hat. Oder die Brunnenleitung dient lediglich dazu, um einen bestimmten Brunnen auf dem Gute des A mit Wasser zu versehen; und nun veräußert A den Theil seines Gutes, auf welchem der Brunnen steht, an K und behält das übrige Gut zurück. Da hat A aufgehört, Servitutberechtigter zu sein, und K ist es geworden. (Vgl. auch Code civ. § 700.)

§ 261.

[711.] Wenn ein gemeinsames Grundstück unter die Miteigenthümer real vertheilt oder wenn sonst ein Grundstück in kleinere Stücke

zerschlagen und unter mehrere Eigenthümer zertheilt wird, so ist anzunehmen, auf die vorhandenen Anstalten, welche ihrer Natur oder Bestimmung nach einzelnen Stücken der Art dienen, haben deren Eigenthümer für die Zukunft als auf Dienstbarkeiten Anspruch.

1. Vgl. Code civ. Art. 604. Z. B. A hat zwei Häuser a und b und das Regenwasser von dem Dache des Hauses a fließt in einem Kennel in den Sammler des Hauses b; hinwieder ruhen Balken des Hauses b auf der Mauer des Hauses a. Das sind zur Zeit keine Grunddienstbarkeiten, weil A Eigenthümer beider Häuser ist. Wenn aber das Haus a an B und das Haus b an C veräußert wird, so werden diese Einrichtungen zu Dienstbarkeiten im Sinne des § 245, indem vorausgesetzt wird, es sei die Meinung der beiden Nachbarn, indem sie die Anstalt fortbestehen lassen, sie als Recht anzuerkennen. (Vgl. auch § 249. Z. VII, 85.) So auch bei der Theilung eines Hauses. (Z. XIII, 190 Erw. 10.) Die in diesem Urtheil ausgesprochene Ansicht, daß danach unter Umständen anzunehmen sei, der eine Theil müsse den andern stützen, ist indessen später, wohl mit Recht, verlassen worden. (OG. 1886 Nro. 130.) Ist aber die Anstalt von der Art, daß nicht ohne Eintragung in das Grundbuch eine wahre Dienstbarkeit entsteht (vgl. § 242), z. B. besteht ein Weg durch das Haus a zu dem Hause b, dessen die Bewohner des letztern bedürfen, so ist zu Gunsten des C ein Rechtstitel auf Bestellung dieser Dienstbarkeit anzunehmen (§ 243.) (Z. XIII, 91 Erw. 6; XXIII, 119 Erw. 3; OG. 1885 Nro. 59.)

2. Das ist vom Obergerichte auch bei einem an die Grenze führenden ausgelegten Weg angenommen worden, dessen der Eigenthümer des abgetheilten Landes zur ordentlichen Bewerbung bedarf, ohne welchen diese Bewerbung wesentlich erschwert oder unmöglich gemacht sein würde. (OG. 1886 Nro. 127.)

3. Ist anzunehmen. Dieser Paragraph ist vom Obergerichte stets als Willensinterpretation aufgefaßt worden. (Z. XX, 216 Nr. 52 und das. cit.)

E. Einzelne Dienstbarkeiten.

§ 262.

[712.] In dem Fußwegrechte ist das Recht enthalten, über das dienende Grundstück, beziehungsweise den dafür angewiesenen Fußweg zu gehen, zu tragen und sich von Menschen darüber tragen zu lassen, nicht aber auch das Recht zu reiten, zu fahren oder Vieh zu treiben. Indessen ist, wenn nicht aus den Umständen auf ein ausgedehnteres Recht geschlossen werden muß, der belastete Eigenthümer nicht verpflichtet, im Interesse des Fußwegberechtigten, welcher hohe Lasten tragen will, die Bäume längs des Fußweges höher als zwei Meter aufzustücken.

1. Die Aufzählung von Dienstbarkeiten in diesem Abschnitte soll und kann keineswegs erschöpfend sein; eine Anzahl anderer werden normirt im Gesetz betr. das Forstwesen vom 27. Dez. 1860 (Off. S. Bd. XII, 414) §§ 75–88. Außerdem schafft aber der Verkehr immer wieder neue Rechte dieser Art, man denke z. B. an das Recht,

elektrische Drähte über ein fremdes Grundstück gehen zu lassen. Hinwieder gehen auch etwa gewisse Arten von Servituten unter; ein Beispiel dieser Art sind die Farnrechte, welche, freilich mit nicht zutreffender Begründung, durch Gesetz vom 18. Dez. 1834 (Off. S. Bd. III, 338) für ablösbar erklärt und seither wohl im ganzen Kanton verschwunden sind.

2. Es wird hier das regelmäßige Maß des Fußwegrechts bestimmt, das gilt, wenn weder besondere Verträge noch Uebungen und die Beschaffenheit des Weges selbst auf etwas anderes schließen lassen. Eine besondere Art sind die Braut- und Baarwege, sogenannte Kirchenwege, die so breit und frei gehalten werden sollen, daß der Brautzug in Paaren und der „Kirchgang" mit der getragenen Leiche Raum findet. Die meisten Wege derart sind indessen heutzutage öffentliche Wege.

3. Höher als zwei Meter. Das frühere Gesetz sagte „weiter als daß ein hoher Mann aufrecht und ohne anzustoßen" (das römische Recht sagt: mit aufrechter Lanze) „darüber gehen kann." Es schien besser, dies durch ein bestimmtes Maß zu ersetzen.

4. Auf öffentlichem Wege ist ein privates Wegrecht nicht möglich; ein solches wird daher auch nicht durch noch so lange gebrauchte Anstalten zur bessern Benutzung des Weges für irgend ein Grundstück, wie Zufahrten u. dgl. bewiesen. (Z. XXIV, 43 Erw. 7.)

§ 263.

[713.] Gebahnter Wege durch offenes Feld und Wald darf jeder Fußgänger sich bedienen, wenn kein besonderes Verbot im Wege steht. Es ist jedoch aus dem Dasein und der freien Benutzung solcher Wege nicht ohne Weiteres auf die Existenz einer Dienstbarkeit zu schließen.

1. Vgl. preuß. Landr. I. 22, §§ 63, 64. Das Verbot wird gewöhnlich durch eine amtliche Verbottafel an dem Eingang bekannt gemacht, kann aber auch ohne dieselbe der Sitte gemäß, z. B. durch aufgesteckten Strohwisch, kundgegeben sein.

2. Dienstbarkeit. (Vgl. Z. XIX, 189 Nro. 42.) Eher noch kann aus allgemeinem herkömmlichem Gebrauch für Jedermann, wenn keinerlei Thore, Gatter oder sonstige Sperreinrichtungen vorhanden sind, geschlossen werden, daß der Weg ein öffentlicher sei.

§ 264.

[714.] Wer ein Fahrwegrecht hat, darf auch über den Weg reiten und festgehaltenes (gefangenes) Vieh darüber führen, aber aus dem Fahrwegrechte folgt nicht das Recht, schwere Lasten zu schleifen oder freigelassenes Vieh darüber zu treiben.

1. Vgl. preuß. Landr. I. 22, §§ 66, 67; österr. Ges. § 493; Sachsen § 549. Das Recht, mit Wagen zu fahren, ist schon in der Bezeichnung dieses Wegrechts angedeutet. Auch versteht sich, daß, wer das Fahrwegrecht hat, auch das darin inbegriffene Fußwegrecht habe.

2. Dies schließt entgegenstehende das Fahrwegrecht beschränkende oder erweiternde Verabredungen nicht aus, z. B. die, daß nur mit einspännigen Wagen gefahren werden, oder die, daß kein Vieh über den Weg geführt werden dürfe. (Z. XVI, 275.)

§ 265.

[715.] Der sogenannte Winterweg (Fahrweg zu Winterszeit) ist, wenn nicht besondere Verträge etwas Abweichendes festsetzen, in der Zeitfrist von Martini bis Mitte März und in der Regel nur wenn der Boden mit Schnee bedeckt oder gefroren ist, auszuüben. Ausnahmsweise darf, wenn sich in milden Wintern bis Mitte Hornung dazu keine Gelegenheit bietet, von da an auch über offenen (abern) Boden mit Wagen gefahren werden, insofern kein anderer Weg ohne namhafte Erschwerung benutzt werden kann.

1. In früherer Zeit war die Praxis der Ausdehnung der sogenannten Winterwege günstiger als der heutige Gebrauch, aus dem natürlichen Grunde, daß nun das Land sorgfältiger bepflanzt und jede Belästigung daher schwerer empfunden wird. Am wenigsten Schaden entsteht natürlich, wenn der Boden mit Schnee und Eis bedeckt ist und mit Schlitten befahren werden kann. Daher soll in der Regel der Winterweg auch nur dann gebraucht werden. Aber wenn dieser günstige Zustand in einem einzelnen Winter nicht eintritt, so muß doch ausnahmsweise gegen Ende des Winters verstattet werden, so weit die Landwirthschaft es nöthig macht, auch über den offenen Boden zu fahren. Die genauere Zeitbestimmung des Gesetzes wurde mit Berücksichtigung der bestehenden Uebungen und des Kulturbedürfnisses getroffen und allgemein gefaßt, um die Modifikationen und Zweifel, welche an verschiedenen Orten sich zeigten, zu beseitigen und ein gleichmäßiges billiges Verfahren einzuleiten.

§ 266.

[716.] Privatwege, Brücken und Stege, welche von mehreren Grundbesitzern gemeinsam benutzt werden, sind in der Regel auch auf gemeinsame Kosten zu unterhalten.

1. Vgl. § 254, 2 und österr. Gesetz § 494. Die natürliche Gemeinschaft in den Interessen derer, welche den nämlichen Weg benutzen, führt zu gemeinsamer Unterhaltungspflicht. Besondere Verträge sind natürlich vorbehalten. Das Maß der Betheiligung richtet sich nach den Umständen und ist nach Billigkeit zu bestimmen. Weder ist immer und für sich allein die Zahl der Betheiligten noch das Verhältniß der Wegstrecken längs oder auf den einzelnen Grundstücken entscheidend.

§ 267.

[717.] Die Breite der Wege und das Maß des freien Luftraumes über denselben werden durch die Landessitte und das Bedürfniß bestimmt.

1. Das preuß. Landr. I. 22, §§ 78, 79 hat genauere positive Bestimmungen: 3 Fuß für einen Fußweg, 4 Fuß für einen Reitweg, 8 Fuß für einen Fahrweg,

12 Fuß für dessen Biegung; das römische Recht gab 16 Fuß für die Biegung. Die freie Berücksichtigung der Landesübung und vorzüglich die des Bedürfnisses ist aber dem Leben gemäßer. Der Wegberechtigte kann sich auch einer Verschmälerung des Weges nicht widersetzen, so lange dieser immerhin der Sitte und dem Bedürfniß entsprechend breit bleibt. (B. XVII, 45 Nro. 54.)

§ 268.

[718.] Das Weiderecht ist von Seite des belasteten Grundeigenthümers jederzeit ablösbar gegen volle Entschädigung des Berechtigten, sei es durch Bezahlung oder einstweilige Versicherung und Verzinsung einer dem schatzungsmäßigen Werthe des Rechtes entsprechenden Geldsumme, sei es durch eigenthümliche Ueberlassung eines entsprechenden Theiles des pflichtigen Grundstückes an den Berechtigten.

1. Seit der Einführung der Stallfütterung und in Folge der Fortschritte der Bodenkultur sind die alten Weiderechte großentheils untergegangen oder abgelöst worden und ist auch der Grundsatz ihrer Ablösbarkeit da, wo sie noch bestehen, zur Anerkennung gelangt. Die Wahl, in welcher Form der ablösende Weidepflichtige den Berechtigten entschädige, steht bei jenem. Die Bestimmung des richtigen Maßes aber ist, wenn sie sich nicht verständigen, dem richterlichen Ermessen vorbehalten.

2. Ueber das Recht der Ablösung der Farnrechte s. § 262, 1. Ferner enthält das Forstgesetz (s. Ziff. 3) die Bestimmungen:

§ 71. „Sowohl der Waldeigenthümer als der Forstberechtigte sind befugt, die Umwandlung ungemessener Forstberechtigungen in gemessene zu verlangen.

§ 72. Alle auf den Waldungen lastenden Nutzungsrechte sind von Seite des belasteten Waldeigenthümers ablösbar."

Der § 73 daselbst gibt Regeln über die Berechnung der Loskaufssumme.

Vgl. auch § 270, 2, Art. 14.

3. Gesetz betr. das Forstwesen vom 27. Dez. 1860 (Off. S. XII, 416 § 83): „Das Weidrecht begreift das Recht des Abätzens durch das Vieh, nicht aber das Recht der Grasnutzung mittelst Abmähens, Abschneidens oder Ausrupfens des Grases in sich. Der Berechtigte kann nicht statt des Weidrechtes das Recht auf Grasnutzung ansprechen. Der Berechtigte darf nur sein eigenes zur Bewirthschaftung seines Gutes gehörendes Vieh, nicht aber fremdes oder zum Handel erkauftes zur Weide treiben. Er darf auch sein Recht nicht an andere abtreten." Die letzteren Sätze sind nach den allgemeinen Lehren des Servitutenrechts selbstverständlich. Dazu kommen die polizeilichen Bestimmungen über Waldweide in den §§ 61 und 84 des Gesetzes.

§ 269.

[719.] Erstreckt sich das Weiderecht über mehrere verbundene Grundstücke, die verschiedenen Eigenthümern zugehören, so ist ein einzelner Grundeigenthümer gegen den Willen der Mehrheit nur unter der Voraussetzung zur Ablösung berechtigt, daß er selber durch Umzäunung für den nöthigen

Abschluß seines Grundstückes gegen das weidende Vieh sorgt. Beschließt aber die Mehrheit der betreffenden Grundeigenthümer die Ablösung, so hat sich die Minderheit derselben ebenfalls zu unterziehen.

1. Auch wo eine Feldgemeinschaft besteht und das Weiderecht sich auf die gemeinsame Feldflur erstreckt, hat dennoch jeder einzelne Sondereigenthümer das Recht, von seinem Boden die Weidepflicht abzulösen, ungeachtet die Mehrheit der bei jener Wirthschaft betheiligten Grundeigenthümer ihrerseits nicht ablösen wollen. Aber dann muß er sein Grundstück auch aus der Gemeinschaft absondern und selber durch Umzäunung dafür sorgen, daß das weidende Vieh nicht auf sein Land übergreife und auch da weide; im Gegensatz zu der Regel des § 165.

§ 270.

[720.] Ebenso sind die Holzungsrechte von Seite des belasteten Waldeigenthümers ablösbar.

Mit Bezug auf dieselben gelten die Bestimmungen der eidgenössischen und kantonalen Forstgesetze.

1. Vgl. § 268, 2 269, 1; Z. I, 198. Ferner Rechtsgutachten der Juristenfakultät Zürich in Sachen der Hofleute von Dettenriedt, Schwendi u. s. w. gegen die Domänenverwaltung betr. Reallast.

2. Forstgesetze.

a. Eidgenössisch.

Bundesgesetz betr. die eidg. Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge, vom 24. März 1876 (Eidg. Amtl. Samml. Bd. II, 353, Zürch. Off. S. Bd. XIX, 314.)

Diese Oberaufsicht erstreckt sich auch auf den gebirgigen Theil des Kantons Zürich (Art. 2, Ziff. 2.) Es kommen diesfalls in Betracht:

Art. 11. „Innerhalb der festgesetzten Grenzen darf ohne kantonale Bewilligung das Forstareal nicht vermindert werden und es sind die künftigen Blößen und Schläge wieder aufzuforsten, sofern dafür nicht eine entsprechende Fläche anderen Landes zur Aufforstung gewidmet wird. Ausreutungen sind untersagt

a. in den Schutzwaldungen,

b. wenn durch dieselben der Bestand der Schutzwaldungen gefährdet wird.

Ausnahmen dürfen nur mit spezieller Bewilligung des Bundesrathes gestattet werden.

Art. 14. Wenn auf Schutzwaldungen Weid-, Streu- oder andere Dienstbarkeiten haften, so sind dieselben abzulösen, falls sie mit dem Zwecke, welchen diese Waldungen dienen, unvereinbar sind. Die Ablösung soll längstens binnen einer Frist von 10 Jahren vollzogen werden.

Beholzungsrechte in Waldungen, welche der eidg. Oberaufsicht unterstellt sind, können vom Grundeigenthümer abgelöst werden. Die Entschädigung kann durch Geld, oder wenn solches der Verhältnisse halber

unthunlich ist, durch Abtretung eines entsprechenden Areals geleistet werden. . . . . .

Die Belastung der Waldungen mit neuen derartigen Dienstbarkeiten ist untersagt.

Art. 15. Rechtsgeschäfte, welche damit in Widerspruch stehen, sind ungültig."

b. Kantonal:

1. Durch die kantonale Vollziehungsverordnung vom 26. April 1879 (Off. S. Bd. XX, 44 § 3) ist als unter der eidg. Oberaufsicht stehendes Gebiet bezeichnet worden:

   a. Das vom Steinenbach, der Straße I. Klasse von Wyla über Bauma, Fischenthal und Wald nach Utznach, und der Grenze zwischen den Kantonen St. Gallen und Zürich eingeschlossene Gebiet der Gemeinden Wyla, Sternenberg, Bauma, Fischenthal und Wald;

   b. die Hohe-Rone oder das links der Sihl gelegene Gebiet der Gemeinde Hütten."

   (Eine Bezeichnung von Schutzwaldungen hat nicht stattgefunden.)

2. Gesetz betr. das Forstwesen s. § 268, 3, §§ 75—82. Vom Beholzungsrechte, Interpretation der Rechte auf Bauholz, Astholz, Wind-, Schnee-, Duftbruch, abgestorbenes, Lagerholz, Stockholz, Raff- und Leseholz. Außerdem gelten mit Bezug auf letzteres die polizeilichen Bestimmungen des § 60.

§ 271.

[721.] Insofern die Weid- oder Holzungsrechte aus der ursprünglichen Gemeindeverbindung hervorgegangen sind und einer Genossenschaft von Gerechtigkeitsbesitzern zustehen, während der Boden der ursprünglich gemeinen Weide oder Waldung einer Gemeinde zugehört, so ist sowohl die Gemeinde als die Genossenschaft der Gerechtigkeitsbesitzer berechtigt, eine Auseinandersetzung ihrer verschiedenen Ansprüche durch Theilung des Bodens selbst zu fordern, und weder jene noch diese verpflichtet, eine Ablösung in Geld anzunehmen.

1. Gerechtigkeitsbesitzer. Vgl. § 20. Es ist hier für deren Verbindung aus Versehen der Ausdruck „Genossenschaft" stehen geblieben, während er sonst überall und so auch in § 20 zur Vermeidung einer Verwechslung mit den Genossenschaften des schweiz. OR.'s durch den Ausdruck „Korporation" ersetzt worden ist.

2. Theilung des Bodens. Der Streit zwischen der einheitlichen Gemeinde und der Genossenschaft, welche beide aus der ursprünglich die öffentlichen und die Privatinteressen mischenden genossenschaftlichen Gemeinde hervorgegangen sind, soll im Allgemeinen wie im Theilungsprozeß zweier Erben Eines Vaters behandelt werden. Da aber für beide Theile der eigene Besitz der alten unvertheilten Weidegründe und Waldungen von hohem Interesse ist, so soll kein Theil den andern durch bloße Entschädigung in Geld gegen seinen Willen aus dem realen Genuß des Bodens verdrängen.

Die wahre, auch die Zukunft bedenkende Auseinandersetzung ist hier die reale Theilung. (Vgl. Eidg. Forstgesetz Art. 14, Abs. 2 in § 270, 2.)

§ 272.

[722.] Bei solchen Auseinandersetzungen ist der Werth des Eigenthums, abgesehen von den damit dem Eigenthümer vorbehaltenen materiellen Nutzungen, je nach der größeren oder geringeren Bedeutung der darin liegenden Dispositionsrechte und der Beschränkung des Gerechtigkeitsbesitzes zu einem Achtel bis zu einem Zwölftel, im Durchschnitt somit zu einem Zehntel des gesammten Grundstückes anzuschlagen.

1. Werth des Eigenthums. Es gilt das auch von den seltenen Fällen, in denen sich noch grundherrliches Eigenthum an einer Waldung erhalten hat, welche dem Hauptgenuß nach einer Korporation von Gerechtigkeitsbesitzern zudienen. Zehn Prozent des Waldes, unter Umständen etwas mehr oder etwas weniger, sind dann dem Eigenthümer als solchem zuzuscheiden, und dazu kommt der Werth der ihm vorbehaltenen materiellen Nutzungen, z. B. für das Bauholz, das er beziehen oder veräußern darf, für seinen Antheil am Brennholz u. dgl.

2. Dieser Paragraph bildet eine Ausnahme von dem im Forstgesetz § 73 (§ 268, 2,) aufgestellten Regeln über die Berechnung der Ablösungssumme.

§ 273.

[723.] Unter keinen Umständen dürfen die Nutzungsrechte an einer Waldung den nach forstwirthschaftlichen Grundsätzen zu bestimmenden jeweiligen Jahresertrag derselben übersteigen.

1. Ist die Fixirung der Holznutzungen zu groß für den nachhaltigen Ertrag des Waldes, so ist sie falsch. Denn das wäre nicht mehr Frucht des Waldes, auf welche die Nutzung zu beschränken ist, sondern Eingriff in das Kapital, das dem Eigenthümer gehört.

2. Vgl. das Forstgesetz (§ 268, 2) § 70: „Berechtigungen dürfen den Waldbesitzer in der nachhaltigen Bewirthschaftung des Waldes nicht hindern."

§ 274.

[724.] Ist die Ertragsfähigkeit der Waldung durch außerordentliche Ereignisse, z. B. durch Brand oder feindliche Verheerung vermindert worden, so sind auch die bestehenden Nutzungsrechte je nach ihrem Verhältnisse zu der regelmäßigen Gesammtnutzung so lange als nöthig zu vermindern.

1. Wenn z. B. der regelmäßige Ertrag der Waldung vierhundert Klafter Holz beträgt und es sind hundert Gerechtigkeiten da, von denen jede gewöhnlich vier Klafter

bezieht, so müssen sich diese trotz der Fixirung ihrer Nutzung einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen, sobald die Waldung z. B. durch Waldbrand oder den Borkenkäfer Schaden gelitten hat und nicht mehr vierhundert Klafter abwirft. Dieser Abzug vermindert sich, wenn die Ertragsfähigkeit des Waldes durch neues Wachsthum steigt, und hört auf, sobald der frühere Bestand hergestellt ist. Die hergebrachte Nutzung des Waldeigenthümers gehört mit zur Gesammtbenutzung, ist also bei der Berechnung mit in Anschlag zu bringen.

§ 275.

[725.] Ist die Ertragsfähigkeit der Waldung durch unmäßiges Holzschlagen des Eigenthümers zum Schaden der Nutzungsberechtigten vermindert worden, so müssen zwar diese sich ebenfalls eine Verminderung ihrer Nutzung, soweit dieselbe nöthig ist, gefallen lassen, sind aber berechtigt, den Eigenthümer zum Schadenersatz anzuhalten.

Zweites Kapitel.

Nießbrauch.

A. Begriff und Entstehung.

§ 276.

[726.] Der Nießbrauch kann sich auf Grundstücke oder auf bewegliche Sachen, auf ein ganzes Vermögen oder einzelne Bestandtheile des Vermögens beziehen.

1. Der Nießbrauch, Nutznießung, Ususfrukt unterscheidet sich von den Grunddienstbarkeiten sowohl dadurch, daß er sich nicht nothwendig auf ein dienendes Grundstück bezieht, sondern ebenso gut sich auf bewegliches Vermögen beziehen kann, als dadurch, daß er nothwendig einer natürlichen oder juristischen Person zukommt.

§ 277.

[727.] Der Nießbrauch an Grundstücken kann, insofern derselbe nicht familien- oder erbrechtlich begründet worden, nur durch Eintragung in das Grundbuch bestellt werden.

Auch das Vermächtniß eines Nießbrauches wirkt als erbrechtliche Begründung.

1. Familienrechtlicher Nießbrauch ist z. B. der des Ehemanns an dem Vermögen der Frau, welcher aus der Ehe folgt (§ 593), ferner der des Vaters an dem Vermögen der minderjährigen Kinder (§ 667; Vgl. § 286.)

2. Erbrechtlich wird der Nießbrauch begründet theils von Rechtes wegen in Folge des sogenannten Eherechts (§§ 901—904), theils durch Vermächtniß im Testament (§ 1036) oder Erbvertrag (§ 1065). „Der Umstand, daß einem Erblasser bei seinem Tode nur das nackte von dem Nutznießungsrechte getrennte Eigenthum an gewissen Gegenständen zusteht, hindert die Konstituirung eines andern (nachfolgenden) Nießbrauchsrechtes an diesen Gegenständen nicht." (Z. IV, 411.)

3. Eintragung in das Grundbuch. Diese Form ist für die Dinglichkeit des Rechtes nothwendig, aber nur in den ziemlich seltenen Fällen, wo nicht schon das Familien- oder Erbrecht den Nießbrauch hervorbringt und zugleich eigenthümlich ausbildet und beschränkt. Ebenso ist sie nicht nothwendig, wenn der Nießbrauch an einem ganzen Vermögen bestellt wird, in dem sich Liegenschaften befinden, sondern nur, wenn er, vertraglich bestellt, sich speziell auf ein bestimmtes Grundstück bezieht. (Z. XII, 143.) Immerhin hat aber auch der familien- oder erbrechtliche Nießbraucher ein Recht auf die Eintragung, s. § 278,1.

§ 278.

[728.] Ist aber der Nießbrauch nicht kanzleiisch bestellt oder vorgemerkt worden, so ist ein späterer gutgläubiger Erwerber des Grundeigenthums oder ein späterer Pfandgläubiger nicht an die Beschränkung desselben gebunden.

Ein älterer Pfandgläubiger wird in der Realisirung seines Pfandrechtes auch nicht durch den später eingetragenen Nießbrauch gehemmt.

1. Diese Beschränkung gilt auch von dem familien- und erbrechtlichen Nießbrauch, nicht bloß von dem, zu dessen Bestellung die Eintragung in das Grundbuch nöthig ist. In den familienrechtlichen Verhältnissen macht dieselbe keine Schwierigkeit, da die Veräußerung des Grundstücks die Mitwirkung des Nießbrauchers selbst voraussetzt. Bedenklicher ist sie bei erbrechtlichem Nießbrauch, indem da die Möglichkeit gegeben ist, daß der unredliche Erbe durch Veräußerung des Grundstücks, ohne von dem bestehenden Nießbrauch etwas zu sagen, den Nießbrauch zerstöre, und es hilft dem Nießbraucher oft nicht, daß er dafür jenen auf Entschädigung belangen kann. Freilich wird es selten begegnen, daß der Erwerber nicht auch um die Existenz eines solchen Rechtes weiß, so daß er dann in dieser Beziehung kein gutgläubiger Erwerber wäre. Aber es wird doch, wo irgend Mißbrauch zu besorgen steht, dem erbrechtlichen Nießbraucher die Vorsicht zu empfehlen sein, daß er den Nießbrauch im Grundprotokoll vormerken lasse.

B. Rechte des Nießbrauchers.

§ 279.

[729.] Der Nießbraucher hat das Recht, die Sache zu gebrauchen und die Früchte derselben zu genießen, so jedoch, daß der Bestand derselben erhalten bleibt.

1. Gebrauchsrecht (usus) und Fruchtgenuß (fructus) sind die beiden Bestandtheile des Nießbrauchsrechts, welche allerdings, so lange sie dauern, den Genuß des Eigenthums fast ganz aufzehren.

2. Als Früchte sind nicht bloß die natürlichen der fruchttragenden Sache entwachsenden Früchte gemeint, sondern ebenso die durch den menschlichen Verkehr zu erlangenden Erträgnisse, also auch die Zinse von verpachteten oder vermietheten Sachen, die Zinse der Kapitalbriefe u. s. f.

§ 280.

[730.] Der Nießbraucher hat das Recht der Verwaltung der Sache oder des Vermögens, woran ihm ein Nießbrauch zusteht.

1. Das Recht der Verwaltung steht in so naher Verbindung mit dem Rechte, eine Sache zu gebrauchen und ihre Früchte zu ziehen, daß es dem Nießbraucher nicht verwehrt werden darf. Der Eigenthümer seinerseits wird in seinem Rechte geschützt durch die Bestimmungen über die Verpflichtungen des Nießbrauchers (§§ 289 ff.). Mit Bezug auf dieses Recht der Verwaltung läßt es sich auch rechtfertigen, daß der Nießbraucher als Stellvertreter des Eigenthümers die Nießbrauchssachen vindicirt. (Z. VII, 86; XXI, 176 Erw. 1.)

2. Der Nießbraucher (Usufruktuar) hat nach zürcherischem Rechte eine Art Besitz am Nießbrauchsobjekte s. § 66.

3. Der Nießbraucher hat ein Recht nur auf die Verwaltung der Nießbrauchsobjekte selbst, nicht etwa eines ihren Werth repräsentirenden Kapitals (OG. 1883 Nro. 6.) Es schließt aber eine von ihm mit dem Belasteten eingegangene Verabredung, wonach Jener als jährliche Nutznießung einen gewissen Prozentsatz eines gewissen Kapitals erhalten soll, den Verzicht auf die Verwaltung der Nießbrauchsobjekte selbst in sich. (Z. XIII, 266.)

§ 281.

[731.] Bezieht sich der Nießbrauch auf Schuldbriefe oder ähnliche Kapitalforderungen, so ist der Nießbraucher als Verwalter auch berechtigt, dieselben zu kündigen und die Zahlung neu anzulegen. Die Umlegung in andere Schuldbriefe geschieht jedoch, wenn der Eigenthümer nicht seine Zustimmung ertheilt hat, in dem Sinne auf Gefahr des Nießbrauchers, daß der Eigenthümer am Schlusse des Nießbrauches berechtigt ist, statt der neuen Briefe baares Geld zu fordern.

1. Der Nießbrauch z. B. der überlebenden Wittwe an einer Quote des Vermögens bezieht sich auch auf die dazu gehörenden Schuldbriefe, Obligo und andere Forderungen, und es wird oft der Fall eintreten, daß die Kündigung und Eintreibung eines solchen Guthabens angezeigt erscheint. Da entsteht die Frage, wie weit das Dispositionsrecht des Nießbrauchers als Verwalters reiche, im Gegensatz zum Rechte des Eigenthümers der Schuldbriefe oder Gläubigers der Forderungen. Das Gesetz hat sich dafür entschieden, daß ein solcher Inkasso und auch selbst die Kündigung und

die Umlegung von Schuldbriefen dem Nießbraucher zu gestatten sei, also auch gegen den Willen des Eigenthümers, so jedoch, daß der letztere bei einer Umlegung, zu der er nicht zugestimmt hat, baares Geld statt des Briefes zurückfordern kann.

2. Kann aber auch der Eigenthümer kündigen gegen den Willen des Nießbrauchers? Möglich ist, daß der letztere ein Interesse an der Nichtkündigung hat — der Schuldner bezahlt vielleicht einige Jahre hindurch einen hohen Zins —, während für den ersteren die Kündigung zweckmäßig ist — der Schuldner zehrt inzwischen sein Vermögen auf und die Gefahr steigt, daß er das Kapital nicht mehr zurückzahlen werde. Dennoch geht es nicht an, daß zwei Personen auch gegen einander das Recht der Verwaltung haben, und diese ist nur dem Nießbraucher zugestanden. Der Eigenthümer kann sich hier immer helfen, indem er Versicherung für das Kapital fordert (§ 291.)

3. Zahlung anlegen. Die eingehenden Kapitalgelder werden Eigenthum des Nießbrauchers, aber er wird Schuldner der empfangenen Summe gegenüber dem Eigenthümer des Vermögens (§ 287.)

4. Ueber den Nießbrauch an Forderungen siehe die Abhandlungen von Dr. F. v. Wyß (Sohn) in Z. XXIV, 1 mit einem entgegenstehenden Urtheil des Obergerichts daselbst p. 448 und einer Replik des Verfassers das. p. 454; Dr. E. Sträuli (jetzt Obergerichtspräsident) Dissertation, Winterthur 1861.

5. Das Recht der Einforderung des Kapitals steht dem Nießbraucher auch dann zu, wenn der belastete Kreditor zugleich Debitor der Forderung geworden, diese also sonst durch Konfusion untergegangen sein würde. (Z. IX, 279, Nro. 41.)

§ 282.

[732.] Sind Werthpapiere, welche ihrer Natur nach einen leicht veränderlichen Kurs haben, wie Staatspapiere, Aktien u. dgl. Gegenstand des Nießbrauches, so ist die Veräußerung derselben nur im beiderseitigen Einverständnisse des Eigenthümers und des Nießbrauchers gestattet.

1. Z. B. Bei Beginn des Nießbrauchs haben die Aktien einer Unternehmung einen sehr niedern Kurs, weil sie nur wenig Dividende tragen. Da wünscht der Nießbraucher die Papiere zu veräußern und das Kapital anders anzuwenden, während der Eigenthümer von ruhigem Zuwarten Verbesserung hofft. Hier reicht die Hülfe des § 281 nicht aus, eben wegen des niedern Kurses der Werthpapiere, der doch als maßgebend für die Versicherung betrachtet werden muß. Daher das Erforderniß eines Zusammenwirkens beider Betheiligten zur Veräußerung.

§ 283.

[733.] Die Früchte, welche bei Beginn des Nießbrauches noch mit dem Grundstücke verbunden sind, das Getreide am Halm, das Obst an den Bäumen, fallen dem Nießbraucher zu, ohne Abrechnung der Kulturauslagen, die auf deren Erzeugung verwendet worden sind. Dagegen gehören ebenso die zur Zeit der Beendigung des Nießbrauches noch hangenden Früchte dem Eigenthümer.

1. Vgl. § 204. Es ist dies eine Konsequenz des § 49 lit a. wonach die Früchte bis zu ihrer Trennung vom Boden Theile des Grundstücks sind. Anders verhält es sich mit den sogen. zivilen Früchten (§ 285.)

2. Z. B. Der Eigenthümer eines Gutes A ist am 15. Juli gestorben und hat in seinem Testament seiner Frau B den Nießbrauch an demselben vermacht. Eben hatte die Ernte begonnen; ein Theil des Getreides war vor seinem Tode geschnitten, ein anderer stand noch auf dem Halm. Der erste gehört den Erben, der zweite kann von der Nießbraucherin eingesammelt werden und fällt dadurch ihr als Fruchtgenuß zu. Vgl. Paulus in der L. 13 Dig. quibus mod. ususfr. (VII, 4) und Ulpianus in L. 27 pr. Dig. de usufructu (VII, 1); Code civ. § 585. Z. XIV, 251.

3. Z. B. Der Nießbraucher eines Rebberges stirbt am 1. Oktober, [1] bevor die Weinlese der schon größtentheils reifen Trauben angefangen hat. Die noch hängenden Trauben gehören dem Eigenthümer des Weinbergs und er ist nicht verpflichtet, den Erben des Nießbrauchers die darauf verwendeten Kulturkosten zu ersetzen.

Es frägt sich aber, ob nicht in diesem Fall analog der Bestimmung des § 89, Abs. 2, soweit wirklich eine ungehörige Bereicherung des Eigenthümers vorläge, ein billiger Ersatz zu leisten sei. Gesetzt z. B., der Nießbrauch des Weinbergs hat unmittelbar nach der Weinlese angefangen und unmittelbar vor der nächsten Weinlese wieder aufgehört. Bluntschli sagt: „Da wäre es ein unbilliger Gewinn des Eigenthümers, wenn nun alle Kulturkosten, die der Nießbraucher verwendet hat, jenem in den Früchten zukämen. Ist aber etwa der Rebberg nur ein Theil eines größern Gutes oder Vermögens, woran Nießbrauch bestellt wird, so ist kein Grund, eine derartige Ausnahme zuzugestehen, da der Nießbraucher dann doch an andern Stücken Genuß gehabt hat nud die Wirthschaftskosten für jenen Rebberg in der Gesammtwirthschaft aufgehen. Die Ausnahme ist also wohl zuzulassen, aber nur, wenn sie in den Verhältnissen des besondern Falles hinreichenden Grund hat." Allein das Obergericht hat sich in entgegengesetztem Sinne ausgesprochen. (Z. XIV, 256 Erw. 7—9.)

4. Früchte. Beim Wald wird nach zürcherischer Anschauung nur das Durchforstungsholz als Frucht betrachtet, nicht der Holzbestand; letzterer fällt also nicht durch die Perception dem Nießbraucher zu, sondern er muß als Kapital bei Beendigung des Nießbrauchs wieder in gleichem Werthe an den Eigenthümer zurückgegeben und inzwischen auf Verlangen versichert werden (B. II, 100.) Anders, wo es sich um den Ertrag einer in Kapital geschätzten Gerechtigkeit handelt; da erscheint der Hau (Winterhau) nur als Frucht des Kapitalwerthes jenes Aktivums ähnlich wie das Durchforstungsholz. (OG. 1877, Nro. 38.)

§ 284.

[736.] Die Jungen der Thiere gehören dem Nießbraucher, soweit dieselben nicht zur Bewahrung des übernommenen Viehstandes verwendet werden müssen.

1. Die Jungen der Thiere sind als deren Früchte zu betrachten. Da aber der Nutznießer als guter Hausvater verpflichtet ist, den Bestand des Kapitals, also auch des Viehbestandes, wirthschaftlich zu erhalten, so muß er vorerst den Abgang an Viehstücken wieder durch die frische Zucht ersetzen. Das gilt auch von Obstbäumen.

§ 285.

[734]. Die bei Beginn des Nießbrauches ausstehenden Bruchzinse (Marchzahlzinse) gehören dem Eigenthümer, die zu Ende des Nießbrauches vorhandenen dem Nießbraucher.

1. Z. B. Die Zinse der in der Erbschaft vorhandenen Schuldbriefe werden fällig je am 1. Mai und 11. November, und der Erblasser stirbt am 1. Februar. Die Marchzahlzinse von drei Vierteljahren bei den Maibriefen und die nicht voll dreimonatlichen der Martinibriefe kommen den Erben als Kapital zu gut, und erst von da an die Marchzahlzinse bis zum 1. Mai und zum 11. November der Wittwe, welche den Nießbrauch hat an der Verlassenschaft. Dasselbe gilt aber auch, nur in umgekehrter Anwendung, am Schluß des Nießbrauchs.

§ 286.

[735.] Der Nießbraucher darf das Grundstück entweder selbst bewirthschaften oder verpachten. Aber er darf die Kultur desselben gegen den Willen des Eigenthümers nicht umgestalten, es wäre denn, daß ihm aus anderen Rechtsgründen, z. B. als Ehemann oder Vater, ein freies Verfügungsrecht zukäme.

1. Verpachten. In diesem Fall ist der Pachtzins die Frucht, die er zieht. Er darf auch vermiethen, auch unentgeltlich leihen. Vgl. Ulpianus in der L. 12, § 2, Dig. de usufr. (VII, 1).

2. Die Kultur umgestalten. Er darf also nicht ein Stück Wald in Ackerland umwandeln, noch einen Kunstgarten zerstören und in eine Gemüsepflanzung umwandeln.

3. Ehemann oder Vater. Vgl. §§ 589, 664. Der Ehemann und der Vater übt zugleich vormundschaftliche Rechte aus über das Vermögen der Frau und der Kinder, und hat als Haupt der Familie freie Verfügung auch über die ganze Kultur der als Haushaltungsvermögen unter seiner Leitung verbundenen Güter.

§ 287.

[737.] Verbrauchbare Sachen gehen sofort in das Eigenthum des Nießbrauchers über, mit der Verpflichtung, nach Beendigung des Nießbrauches eben so viele Sachen von gleicher Art und Beschaffenheit, oder in Ermangelung derselben den dannzumaligen Geldwerth solcher Sachen dem Eigenthümer zurück zu lassen.

1. Verbrauchbare Sachen. Der Begriff des Nießbrauchs läßt sich genau gesprochen nicht auf Sachen anwenden, die durch den Gebrauch verbraucht werden, indem dann auch das Eigenthum selbst zerstört wird. Es läßt sich aber durch Kombination verschiedener anderer Rechtsverhältnisse (Eigenthumsübertragung, verbunden mit der Verpflichtung der Rückerstattung von eben so viel andern Sachen derselben Gattung)

derselbe Effekt erreichen, den der Nießbrauch gewähren soll, und so sprechen denn die Römer hier von quasi-ususfructus und wir beziehen das Wort Nießbrauch geradezu auch auf diese künstliche Nachbildung.

2. Zu den verbrauchbaren Sachen wird außer den Lebensmitteln für Menschen und Vieh auch das Geld gerechnet, indem das Geld durch Ausgeben verbraucht wird, in dem Ausgeben aber der natürliche Gebrauch des Geldes liegt. Wenn daher z. B. an baarem Geld und an ausstehenden laufenden Forderungen, die einzuziehen sind, tausend Gulden vorhanden sind, so kann der Nießbraucher diese Gulden als sein Eigenthum an sich nehmen, damit spekuliren und Gewinn machen oder dieselben auf Zinsen darleihen, wie er will. Er kann also auch die Früchte dieses Kapitals sich aneignen. Aber er ist zugleich verbunden, die Kapitalsumme selbst von tausend Gulden am Schluß des Nießbrauchs den Erben (oder dem Eigenthümer des Vermögens, woran er Nießbrauch gehabt) zurückzuerstatten.

§ 288.

[738.] Sind derlei zu Nießbrauch übergebene Sachen in Geld geschätzt worden, so ist, wenn die Verabredung nichts Anderes bestimmt, anzunehmen, daß der Nießbraucher die Schätzungssumme zu erstatten habe.

1. Der Paragraph spricht nur von verbrauchbaren Sachen. Es kann aber auch für nicht verbrauchbare Sachen diese Verabredung getroffen werden. (Vgl. § 619, Abs. 2.) Nur versteht sie sich bei diesen nicht von selbst.

C. Verpflichtungen des Nießbrauchers.

§ 289.

]739.] Der Nießbraucher kann von dem Eigenthümer jederzeit angehalten werden, diesem ein Inventar über die zu Nießbrauch überlassenen Sachen zuzustellen.

1. Vgl. § 604. Code civ. § 600; österr. Ges. § 518. Das letztere fügt bei: „Ist das (beschreibende) Inventar unterlassen worden, so wird vermuthet, daß der Fruchtnießer die Sache sammt allen zur ordentlichen Benützung derselben erforderlichen Stücken in brauchbarem Zustande von mittlerer Beschaffenheit erhalten habe.“

Sachsen § 632 bestimmt nur beim Nießbrauch an einem ganzen Vermögen, daß sowohl der Eigenthümer als auch der Nießbraucher das Recht habe, die Aufnahme eines durch Namensunterschrift vollzogenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen.

§ 290.

[740]. Bei der Benutzung der Nießbrauchssachen soll er wie ein guter Hauswirth verfahren und dafür sorgen, daß dieselben in gutem Stande erhalten bleiben.

1. Die römischen Juristen haben den Begriff eines bonus paterfamilias, des guten Hauswirths, erdacht, d. h. eines ordentlichen, dem guten Mittelschlag enſprechenden Geschäftsmannes, von dem keine seltenen ausgezeichneten Eigenschaften erwartet werden, der aber auch nicht an auffallenden Mängeln leidet. Darnach wird die gemeine Pflicht eines Jeden gemessen. (Vgl. Sachsen § 610.) Es versteht sich indessen, daß dieser Maßstab sich nach der Kulturstufe des Volkes überhaupt und der Stände in demselben wieder modifiziren muß. Das Recht muß sich an die Wirklichkeit halten.

2. Erhalten bleiben. Der Nießbraucher darf außer denjenigen Sachen, deren Gebrauch nicht gerade im Verbrauch besteht, die Kapitalsubstanz des Nießbrauchsobjekts nicht angreifen; so z. B. nicht im Grundstücke Steine brechen oder Torf stechen noch überhaupt Fossilien gewinnen, wenn nicht der Nießbrauch von demjenigen der ihn bestellt hat, erkennbar auf solche Nutzung gerichtet war. (B. II, 254.)

§ 291.

[741.] Er ist verpflichtet, dem Eigenthümer sowohl dafür als für unversehrte Rückerstattung nach Beendigung des Nießbrauches Sicherheit zu leisten.

Von dieser Verpflichtung ist der Schenker befreit, welcher sich den Genuß der geschenkten Sache ausbedungen hat.

Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die Versicherungspflicht des Ehemannes und des Vaters.

1. Sicherheit. Code civ. § 601. Sachsen § 617. Das alte Stadterbrecht Th. III § 7 hatte die Versicherungspflicht nur für den Fall der Gefahr aufgestellt. Die dem römischen Rechte entnommene Verallgemeinerung derselben schützt den Eigenthümer in seinem Recht an der Sache und bildet das natürliche Gegengewicht gegen die Freiheit der Verwaltung, welche dem Nießbraucher zugetheilt ist (§§ 280, 292.) Von mehreren Erben kann auch einer allein für seinen Antheil Sicherheit von der Nutznießerin des ganzen Nachlasses verlangen. (Z. VII, 87.)

2. Versicherungspflicht des Ehemannes § 604; des Vaters § 672.

3. Der Erblasser kann im Testament die Versicherungspflicht der Nießbraucherin erlassen (§ 1036); allein eine solche Verfügung ist anfechtbar, insoweit dadurch das Notherbrecht verletzt wird (Z. IV, 46; XXIII, 335 Erw. 5.)

§ 292.

[742.] Kann oder will der Nießbraucher nicht genügende Sicherheit leisten, so verliert er, soweit nöthig, das Recht der Selbstverwaltung, auch wenn dadurch die Ausübung seines Gebrauchsrechtes gehemmt werden sollte. Verbrauchbare Sachen sind in diesem Falle zu Geld zu machen und mit den übrigen Geldern anzulegen, die Werthschriften (Kapitalbriefe u. dgl.) aber bei einem unparteiischen Dritten zu hinterlegen. Auf die

Zinse derselben hat der Nießbraucher nach Abzug der Hinterlegungs- und Verwaltungskosten Anspruch.

1. Genügende Sicherheit. Mit Bezug auf Liegenschaften bezieht sich die Sicherheit nur auf die gute Wirthschaft, da für das Eigenthum die Natur des Grundstückes selbst und die Grundprotokolle hinreichende Garantie gewähren. Aber wenn der Nießbraucher außer Stande ist, jene zu gewähren, so kann ihm die Verwaltung auch der Liegenschaften entzogen und die Uebergabe an einen Pächter, der Sicherheit leistet, verlangt werden. (Vgl. Code civ. § 602.) Anders, wenn der Ehemann Nießbrauch hat (§ 608.)

2. Nicht der Nießbrauch selbst, sondern bloß das Verwaltungsrecht des Nießbrauchers ist von der Leistung der Sicherheit abhängig. (Z. XXIV, 447.)

§ 293.

[743.] Wenn Fahrhabe, welche durch regelmäßigen Gebrauch, wie z. B. Hausgeräthe und Kleidungsstücke, oder durch Alter, wie z. B. Hausthiere, an Werth verliert, Gegenstand des Nießbrauches ist, so hat für den daherigen Abgang der Nießbraucher, welcher ordentlich wirthschaftet, keinen Ersatz zu leisten.

1. Vgl. § 610, wo indessen um der Ehe willen Modifikationen des hier ausgesprochenen Satzes eintreten. Zu der ordentlichen Wirthschaft gehört auch, daß der Nießbraucher durch Nachwuchs der Thiere den Abgang im Viehstande ersetze (§ 284.)

§ 294.

[744.] Die gewöhnlichen Reparaturkosten für die benutzten Gebäude, ebenso die auf dem Grundbesitze haftenden Gemeindelasten und Abgaben, soweit dieselben mit der Bewirthschaftung des Grundstückes in Verbindung stehen, fallen dem Nutznießer zur Last.

1. Gewöhnliche Reparaturkosten, die zur regelmäßigen Wirthschaft gehören, belasten die Früchte, z. B. Reinigung des Hauses, Herstellung zerbrochener Fensterscheiben und Dachziegel u. dgl. Aehnlich beim Miether s. schweiz. OR. Art. 282.

2. Gemeindelasten und Abgaben. Beim Miether heißt es nur „Lasten und Abgaben", schweiz. OR. Art. 282. Es ist wohl kein Grund vorhanden, zwischen Gemeinde und Staatslasten zu unterscheiden, aber wir haben zur Zeit keine auf dem Grundbesitz haftenden Staatslasten. Zu den Lasten und Abgaben gehört z. B. die Assekuranzsteuer, die Einquartierungslast. Das frühere Gesetz fügte hier hinzu: „die gewöhnlichen Vermögenssteuern inbegriffen." Dies ist hier gestrichen worden, weil auf dem Grundbesitz als solchem keine Vermögenssteuern ruhen, und in den § 296 hinüber genommen.

§ 295.

[745.] Hauptreparaturen dagegen sind von dem Eigenthümer zu übernehmen. Die daherigen Kapitalauslagen ist der Nutznießer nur insoweit

zu verzinsen verpflichtet, als dieselben nothwendig waren oder durch dieselben sein Fruchtgenuß vermehrt worden ist.

1. Hauptreparaturen, z. B. Neubauten, wenn das Gebäude abgebrannt ist, oder theilweise Hauptbauten, wenn dasselbe den Einsturz droht. Sie gehören nicht mehr zu der laufenden Wirthschaft, da sie das Kapital selbst betreffen und Kapital erheischen. Hat der Nießbraucher durch seine Vernachlässigung eine Hauptreparatur nöthig gemacht, die bei sorgfältiger Wirthschaft hätte vermieden werden können, so haftet er für diese Auslagen aus dem Grund des § 290. Aehnlich bei der Miethe, s. schweiz. OR. Art. 278.

2. Verzinsen. Hat die Kapitalverwendung eine Vermehrung der Ertragsfähigkeit zur Folge gehabt, so ist es billig, daß der Nießbraucher, soweit ihm Gewinn davon zu Theil geworden, auch die Verzinsung übernehme. Ebenso verhält es sich mit den nothwendigen Kapitalverwendungen; denn wären sie nicht gemacht worden, so hätte die Zerstörung des Gebäudes auch seinen Nießbrauch unfruchtbar und unmöglich gemacht. (Vgl. Code civ. § 609 und österr. Ges. § 515.)

§ 296.

[746.] Ist ein ganzes Vermögen oder ein Theil desselben Gegenstand des Nießbrauches, so hat der Nießbraucher die darauf haftenden Kapitalschulden nach Verhältniß zu verzinsen und in gleicher Weise die Vermögenssteuern zu entrichten.

1. Kapitalschulden. Diese gehören zu dem Vermögen, woran der Nießbrauch besteht, und vermindern dessen Kapitalwerth; ebenso vermindern die daraus erwachsenden Passivzinse den Ertrag des Vermögens, der dem Nießbraucher zukommt. Hat er also z. B. den Nießbrauch an der Hälfte des Vermögens, so muß er auch die Hälfte der Passivzinse übernehmen.

2. Ein Theil. Das frühere Gesetz sagte besser: „eine Quote"; es handelt sich hier um einen Bruchtheil, nicht um einen Bestandtheil des Vermögens, nicht um einzelne Sachen, von diesen ist in § 297 die Rede.

3. Die Vermögenssteuer. S. § 294, 2. Auch diese ist ihrem Wesen nach doch nur eine Steuer von den (möglichen) Früchten und Einkünften des Vermögens.

4. Der Nießbrauch an einer Vermögensquote gibt dem Nießbraucher das Recht, sich vom Stande des Vermögens möglichst genaue Kenntniß zu verschaffen, nur muß er dazu diejenigen Mittel anwenden, welche den belasteten Eigenthümer möglichst wenig benachtheiligen. (M. IX, 303, Nro. 2.)

§ 297.

[746.] Bezieht sich der Nießbrauch auf eine einzelne Sache oder einen Theil derselben, so ist der ausgesprochene oder der aus den Verhältnissen zu folgernde Wille darüber maßgebend, ob der Eigenthümer oder der Nießbraucher die darauf versicherten Kapitalschulden zu verzinsen habe.

1. Obgleich der Anfang des Paragraphen in der Referendumsausgabe angestrichen ist, enthält derselbe doch keine Aenderung des bisherigen Rechtes.

2. Einzelne Sache. Z. B. Der Wittwe ist der Nießbrauch an dem Wohnhaus oder an einem landwirthschaftlichen Gute des Erblassers vermacht, worauf Kapitalschulden versichert sind. Muß nun die Wittwe die Zinse übernehmen oder müssen es die Erben? Es kommt zunächst auf die Meinung des Erblassers an. Genau genommen schuldet nicht das Haus die Zinse, so wenig als das Kapital. Die Erben sind Schuldner geworden. Aber die Verbindung der Schuld mit dem Gute ist doch so erheblich, daß unter Umständen geschlossen werden muß: Wem der Genuß des Gutes überlassen ist, der muß auch die darauf haftenden Zinse übernehmen. Es wird letzteres besonders dann anzunehmen sein, wenn jenes Haus oder Landgut als Hauptstück der Verlassenschaft erscheint und diese im Uebrigen keine genügenden Aktivzinse abwirft, woraus die Erben jene Passivzinse bestreiten könnten.

§ 298.

[747.] Wird ein Gebäude durch Zufall zerstört, so ist der Eigenthümer nicht verpflichtet, dasselbe herzustellen. Wird es aber von dem Eigenthümer wieder aufgebaut, so wird der Nießbrauch daran wieder wirksam. Wird es nicht hergestellt, so gebührt dem Nießbraucher der Genuß der allfälligen Assekuranzsumme, soweit dieselbe dem Eigenthümer zukommt.

1. Durch Zufall, z. B. durch Brandunglück, durch feindliche Schleifung, aber auch durch Einsturz vor Alter. Der Eigenthümer ist nur verpflichtet, seine Sache, wie sie ist, dem Nießbraucher zum Genusse zu überlassen, nicht eine neue Sache für denselben zu schaffen. Wenn er aber die zerstörte Sache wieder herstellt, so lebt der Nießbrauch daran wieder auf, freilich so, daß die Zinse der dem Eigenthümer zur Last gefallenen Kapitalverwendungen dafür im Sinne des § 295 von dem genießenden Nießbraucher dann auch zu übernehmen sind.

2. Die Assekuranzsumme ersetzt den Brandschaden, gehört also dem Kapital nach dem Eigenthümer (beziehungsweise den grundversicherten Gläubigern). Der Zinsertrag derselben aber, soweit sie dem Eigenthümer zugekommen, ist als Ersatz des dem Nießbraucher entgangenen Genusses zu betrachten.

D. Untergang des Nießbrauches.

§ 299.

[748.] Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers oder nach Ablauf der Zeit oder nach Beendigung des Verhältnisses, wofür derselbe bestellt worden ist.

1. Tod. Als individuelles Recht kann der Nießbrauch nicht auf die Erben des Nießbrauchers übergehen. Wird auch Diesen Nießbrauch gewährt, so ist das neuer Nießbrauch, an die Person des oder der Erben gebunden.

2. Beendigung des Verhältnisses. Z. B. Der Nießbrauch, der einer Wittwe, so lange sie nicht wieder heirathe, vermacht worden, geht unter, wenn dieselbe in eine zweite Ehe tritt.

§ 300.

[749.] Wird der Nießbrauch zu Gunsten einer juristischen Person oder einer Korporation mit Theilrechten bestellt, so erlischt derselbe mit der Auflösung jener oder dieser, oder auch ohne solche längstens nach Ablauf von einhundert Jahren seit dem Zeitpunkte, in welchem die Ausübung begonnen hat.

1. Korporation mit Theilrechten s. §§ 22 u. ff. Auch sie ist eine juristische Person (§ 18.)

2. Es liegt in der Natur des Nießbrauchs, daß er in der Zeitdauer beschränkt sei. Wäre er es nicht, so würde er das Eigenthum thatsächlich aufzehren. Die Zeitbestimmung von hundert Jahren ist dem römischen Recht entnommen und hat in der weit gezogenen Grenze eines ungewöhnlich langen Menschenlebens ihre Begründung.

Drittes Kapitel.

Wohnrecht.

§ 301.

[750.] Das Wohnrecht wird entweder durch Eintragung in das Grundbuch oder auch ohne solche durch Vermächtniß erworben. Im letzteren Falle aber steht dasselbe, wenn es nicht in das Grundbuch eingetragen oder vorgestellt worden, dem gutgläubigen neuen Erwerber des Grundstückes oder dem darauf versicherten Pfandgläubiger bei der Realisirung seines Pfandrechtes nicht entgegen (§§ 277 und 278).

1. Das Wohnrecht kommt bei uns im Leben oft vor, ein des Fruchtgenusses entbehrendes Gebrauchsrecht (der usus sine fructu des römischen Rechts) dagegen nicht leicht als eine persönliche Servitut, obwohl dasselbe bestellt werden kann. Daher behandelt das Gesetzbuch nur jenes und spricht nicht von diesem.

2. Analog dem § 298 ist auch beim Wohnrecht anzunehmen, daß wenn das Objekt der Servitut abbrennt, nach Errichtung eines neuen Gebäudes an Stelle des alten der Berechtigte sein Wohnrecht an jenem geltend machen kann, wenn aber kein neues Gebäude erstellt wird, der Berechtigte aus der Assekuranzsumme für sein Wohnrecht entschädigt werden muß. (B. II, 248, Nro. 18.)

§ 302.

[751.] Steht dem Berechtigten der ausschließliche Gebrauch einer ganzen Wohnung oder einzelner abgeschlossener Räume zu, so darf er

mit seiner Familie dieselbe einem Miether ähnlich benutzen, nicht aber weiter vermiethen.

1. Mit seiner Familie. Auch wenn er zur Zeit, als er das Wohnrecht erhielt, ledig war und er später heirathete, ist er berechtigt, Frau und Kinder, Dienstboten und überhaupt die Genossen und Gehülfen seines Familienlebens in die Wohnung aufzunehmen. (Z. XIII, 268, Nro. 44.) Vgl. Code civ. § 632, der den Satz zu allgemein faßt.

2. Nicht vermiethen. Das Wohnrecht ist zum individuellen Gebrauch bestimmt, nicht wie der Nießbrauch zum Fruchtgenuß. (Vgl. Code civ. § 634.)

3. Der Wohnberechtigte kann sich zwar nicht jeder Veränderung der dienenden Räume, wohl aber einer solchen widersetzen, welche eine Beschränkung oder sonstige größere Unbequemlichkeit seiner Benutzung zur Folge hat. (B. XIII, 317.)

§ 303.

[752.] Ist das Wohnrecht auf die Mitbenutzung einer Wohnung beschränkt, wie z. B. der sogenannte Winkel im Haus, so kann der Berechtigte diejenigen Räume für sich in Anspruch nehmen, welche seinen Bedürfnissen und Verhältnissen gemäß sind, nicht aber, wenn ihm das Wohnrecht ohne Rücksicht auf eine Familie bestellt war, durch Verheiratung eine neue Familie zur Mitbenutzung herbeiziehen.

1. Winkel im Haus, im Gegensatz zu den abgeschlossenen Räumen des § 302. Es ist das die häufigste Form der Anwendung des Wohnrechts, besonders in dem Bauernstande. Die Lage der Personen, die dieses Recht haben, ist aber nicht selten so bedrängt, daß es nöthig schien, in dem Gesetze theils hier, theils in § 305 die Grundsätze der Billigkeit auszusprechen und zu unterstützen. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht geradezu zu bestimmen sei, in dem „Winkel im Haus" sei mindestens ein eigenes Schlafzimmer für den Winkelberechtigten inbegriffen. Man überzeugte sich aber, daß bei der großen Verschiedenheit der Zustände auf dem Lande eine so allgemeine Bestimmung unpassend und für ganz arme Leute die Forderung zu schwer sein würde.

2. Seinen Bedürfnissen und Verhältnissen gemäß. Das Maß hängt also ab

a. von den persönlichen Bedürfnissen des Winkelberechtigten, welche sich auch ändern können, z. B. in Folge einer Krankheit;

b. von den äußern Verhältnissen, in denen der Berechtigte lebt und welche das Winkelrecht bestimmen. In einem großen Bauernhause mit reichen Räumen dehnt sich auch dieses Recht aus, während es in einer beschränkten Hütte nothwendig zusammenschrumpft.

3. Eine neue Familie. Der Winkelberechtigte darf wohl auch in bescheidenem Maße Besuch empfangen und hat, wenn er krank wird, auf Pflege — vielleicht durch eine dritte Person — Anspruch. (Z. XIII, 268.) Aber wenn er nicht ein Wohnrecht mit abgeschlossenen Räumen für sich hat, so darf er nicht die Beschwerde des Eigenthümers durch dauernde Aufnahme neuer Familienglieder erhöhen. Er darf also nicht

eine Frau in den „Winkel" bringen, und wenn ein Weib das Winkelrecht hat, darf es auch nicht gegen den Willen des Eigenthümers ein uneheliches Kind da aufnehmen.

4. Eine Wittwe, welcher das Winkelrecht zustand, gerieth in den Konkurs und ein Gläubiger verlangte, daß dieses Recht als Aktivum in die Masse gezogen werde. Dem widersetzte sich der Gemeindrath als Vormundschaftsbehörde und die Armenpflege vermöge ihres Interesses, daß der verarmten Frau diese persönliche Nutzung erhalten bleibe. Durch obergerichtliches Urtheil wurde die Klage abgewiesen und ausgesprochen, daß das Winkelrecht nicht in die Masse falle. (Z. III, 279.)

§ 304.

[753.] Im ersteren Falle (§ 302) trägt der Eigenthümer die Kosten der Hauptreparaturen, der Wohnberechtigte die der gewöhnlichen Unterhaltung; im letzteren Falle (§ 303) liegen die sämtlichen Unterhaltungskosten dem Eigenthümer ob.

1. Hauptreparaturen s. § 295, 1; gewöhnliche Unterhaltung s. § 294, 1.

§ 305.

[754.] Insofern das Wohnrecht zu Gunsten eines Leibdingnehmers oder für den Wittwer oder die Wittwe des verstorbenen Eigenthümers bestellt wurde, steht die Auswahl der geeigneten Räume und Plätze innerhalb der Schranken der Billigkeit dem Berechtigten zu.

1. Vgl. § 303, 2. Leibdingnehmer s. §§ 476 u. ff.

Sechster Abschnitt.

Von den Reallasten.

A. Entstehung.

§ 306.

[755.] Dem Grundeigenthum dürfen keine unablöslichen Reallasten auferlegt werden.

Die alten sogenannten ewigen Lasten (Zehnten, Zinse) sind ablösbar.

1. Vgl. § 238, 4. Ueber die Geschichte und das Wesen der Reallasten vgl. Bluntschli deutsches Privatr. II, 9 § 89 ff. Der Entwurf von 1851 hatte in diesem Abschnitte das Institut der Erbleihe behandelt. Man überzeugte sich aber in der Kommission, daß dasselbe fast nicht mehr im Leben vorkomme und die wenigen Erbpachtverträge, die der Staat abgeschlossen habe, keiner besondern gesetzlichen Bestimmung bedürfen und überdem zu weiterer Ausbildung und Ausbreitung nicht tauglich seien, und beschloß deßhalb, statt dessen über die Reallasten einige Grundsätze aufzunehmen.

2. Der Grundsatz der Ablösbarkeit aller dem Grundeigenthum auferlegten Reallasten ist seit der helvetischen Revolution in der Schweiz anerkannt und verfassungsmäßig bestätigt. Vgl. Dekr. vom 10. Nov. 1798 und 15. Sept. 1800, Tagbl. II. 79, V, 44. Zürcherische Verfassung vom 23. März 1831, Art. 16. Off. S. Bd. 1, 5. Gesetze über den Loskauf der Grundzinse vom 10. Mai 1832 Off. S. II, 63, den Loskauf des trockenen und des nassen Zehntens vom 14. April und 29. Juni 1832 Off. S. Bd. II, 12, 104, III. 304 und Gesetz betr. die Liquidation der Grundzins- und Zehntverhältnisse vom 20. Juni 1864, Off. S. XIII, 280, wonach alle kapitalisirten Verhältnisse dieser Art spätestens mit Martini 1866 zur Abzahlung kamen. OG. 1860, 20. Vgl. Z. XV, 321 über den Loskauf der Reallast, einen Zuchtochsen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

§ 307.

[756.] Eine Reallast kann nur durch kanzleiische Eintragung im Grundprotokolle begründet werden.

1. Vgl. § 242. Wenn schon die Begründung von Grunddienstbarkeiten, welche doch nur aus dem Grundeigenthum abgeleitete Beschränkungen desselben sind, der Fertigung im Grundbuch bedarf, so ist dieses Erforderniß für die Reallasten, welche dem Grundeigenthum von oben und außen her auferlegte Lasten sind, mindestens eben so nothwendig. Aber möglich ist auch die neue Begründung einer Reallast mit Einwilligung des Grundeigenthümers.

2. Vor 1854 war für die Begründung einer Reallast die notarialische Fertigung nicht nothwendig; es konnte auch die gerichtliche Vermuthung der Existenz einer Reallast durch den Beweis langjähriger ihr entsprechender periodischer Leistungen begründet werden. (U. 1088.) Es wurde dann auch hier wie bei den Servituten eine 10jährige Frist (§ 757), die später noch um 3 Jahre erstreckt wurde, für die Eintragung der schon bestehenden Reallasten angesetzt. (Vgl. § 242, 1.)

§ 308.

[758.] Das Vermächtniß gewährt nur einen Titel auf Bestellung einer Reallast, nicht diese selbst. Die Ersitzung ist nur ausnahmsweise innerhalb der Beschränkungen anwendbar und wirksam, welche für die kanzleiisch zu fertigenden Grunddienstbarkeiten gelten (§ 244).

Vgl. § 243.

B. Inhalt.

§ 309.

[759.] Die Reallast haftet in der Weise an dem pflichtigen Grundstücke, daß der jeweilige Besitzer desselben, und nur so lange er Besitzer bleibt, zu der in derselben enthaltenen Leistung verpflichtet ist.

1. Der jeweilige Besitzer. Durch jede Veräußerung des belasteten Grundstücks hört der bisherige Pflichtige für die Zukunft auf, verpflichtet zu sein (B. XVIII, 158) und durch jeden Besitzerwerb tritt der neue Besitzer in die auf dem Gute lastenden Verpflichtungen ein. Auch durch einfache Verzichtleistung auf das Gut wird der Pflichtige für die Zukunft frei.

2. Im Zweifel ist der Grundzins, auch wenn er nicht in Geld besteht, dem Zinsherrn ins Haus zu bringen, nicht von ihm beim Pflichtigen zu holen. (Vgl. § 317. OG. 1860, 19. Z. IX, 282; X, 50.)

§ 310.

[760.] Ist der rechtzeitige Bezug einer fälligen Leistung von dem Berechtigten versäumt worden, so bleibt in der Regel der Besitzer, welcher dieselbe nicht entrichtet hat, auch in Zukunft noch persönlich dazu verbunden, aber das Grundstück, beziehungsweise ein nachfolgender gutgläubiger Erwerber desselben als solcher hat für derlei Rückstände nicht weiter einzustehen.

Wenn jedoch die Leistung in einer bestimmten Summe, z. B. einem Grundzinse besteht, so haftet der jeweilige Besitzer subsidiär bis auf drei unter seinem Vorgänger aufgelaufene rückständige Zinse und den laufenden.

1. Versäumt. Der Realberechtigte soll die fällige einzelne Leistung ohne Verzug z. B. den Kernen bei der Ernte beziehen. Ist er hierin säumig, so verliert er zwar sein Recht nicht gegenüber dem Pflichtigen. Hat dieser z. B. alle Früchte für sich bezogen, so muß er auch später noch den Kernen erstatten, indem er sonst auf Kosten des Berechtigten ohne Grund bereichert würde. Aber er haftet nur noch persönlich für die Rückstände, dieselben belasten nicht mehr dinglich das Gut. Wenn daher der Pflichtige A das Gut an den C zu Eigenthum überträgt und ihm die Rückstände nicht ausdrücklich überbindet, so ist C frei von dieser Leistungspflicht und der Berechtigte B kann nicht mehr auf das Gut greifen. (Z. IV, 142.) Ebenso wenn die Kosten der Reallast zu niedrig berechnet waren. (B. XVII, 39 Nro. 48.)

2. Bestimmte Summe. Das frühere Gesetz sagte „fixe beständige Summe“ um das Periodische anzudeuten.

3. Drei Zinse. Für jährlich wiederkehrende Grundzinse und für Gültzinse (§§ 322 u. ff.) gilt eine Ausnahme. Es wirkt hier die Analogie der Zinse für grundversicherte Kapitalforderungen ein. (§ 384.) Nur darf der Berechtigte hier für drei ausstehende und den laufenden Zins sich unmittelbar an den jeweiligen

Besitzer des belasteten Gutes halten. Diesem bleibt dann der Regreß gegen seinen Vorgänger vorbehalten, unter dem die Rückstände aufgelaufen sind.

§ 311.

[761.] Steht das Realrecht einem herrschenden Grundstücke zu, so geht dasselbe mit dem Eigenthum an diesem über. Wenn dasselbe nicht mit einem herrschenden Grundstücke verbunden ist, so bedarf es zu seiner Veräußerung der kanzleiischen Fertigung nicht. Ist aber dafür eine besondere kanzleiische Urkunde angefertigt, so ist die Uebertragung derselben erforderlich.

1. Einem herrschenden Grundstück. Z. B. Zu einem Pfarrhaus oder einem Schulhaus gehört das Recht, daß die Holzgenossenschaft demselben eine bestimmte Anzahl Klafter Brennholz liefere.

2. Kanzleiische Urkunde z. B. ein Gültbrief, s. § 322. Die Glaubwürdigkeit der Urkunde ist für den Verkehr entscheidend. Das Nähere zeigt sich in dem Institut der Schuldbriefe. Vgl. §§ 320 und 390. Wird die Urkunde verloren, so kommt das Amortisationsverfahren zur Anwendung, analog dem bei verlorenen Schuldbriefen. (§ 397.)

§ 312.

[762.] Wird das pflichtige Grundstück unter mehrere Erben getheilt oder durch theilweise Veräußerung zerstückt, so bleibt die Reallast auf allen Stücken haften, soweit dieselbe nicht ihrer Natur nach sich nur auf einzelne Stücke bezieht.

1. Wenn z. B. auf dem Gute des A ein Grundzins haftet von hundert Franken und es wird nach dem Tode des A das Gut real unter seine vier Söhne getheilt, oder der A spaltet das Gut und verkauft die Stücke an vier verschiedene Erwerber C, D, E und F, so haben diese zusammen den ganzen Zins fortwährend an B zu entrichten. Es wird zwar jeder derselben zunächst einen Theil des Zinses bezahlen, aber sein Stück haftet auch für die übrigen Theile des Einen Zinses, und so kann in zweiter Linie doch jeder für das Ganze belangt werden.

2. Bei Veräußerung von Erblehengütern muß dem Käufer der Erblehenzins nicht nach dem ursprünglich festgesetzten Loskaufskapital überbunden werden, sondern es ist der jährliche Erblehenzins zu 4 % zu kapitalisiren und das sich ergebende Kapital demselben zu überbinden. (U. 1095.)

§ 313.

[763.] Bei der Vertheilung eines Realzinses unter mehrere Einzinser ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß auch für die Entrichtung der einzelnen Theilzinse in der Art und dem Werthe der damit zunächst belasteten Grundstücke hinreichende Gewähr liege.

1. Einzinser. Vgl. über die Einzinserei §§ 369 ff. Die Verstoßung von Grundzinsen geschah zuweilen ziemlich willkürlich, so daß ganz im Widerspruch mit der Natur des Institutes nicht selten auf ganz schlechtem Boden schwere Grundzinsposten lasten. Der Zinsherr braucht sich eine derartige Verstoßung nicht gefallen zu lassen.

C. Tragerei.

§ 314.

[764.] Die Einzinser sind berechtigt, aus ihrer Mitte einen Trager zu bezeichnen, an welchem der Grundzinsberechtigte sich für den ganzen Grundzins hält und welcher hinwieder den Bezug der einzelnen Raten von den übrigen Einzinsern besorgt.

1. Vgl. § 369, Abs. 2. Das ältere Recht hat dem Zinsberechtigten, dem Zinsherrn das Recht eingeräumt, von sich aus unter den Einzinsern den hablichsten zum Trager auszusuchen und zu bezeichnen. Da indessen die Einzinser zu dem Trager, der zunächst ihre Verbindung vertritt, Vertrauen haben müssen, indem sie ihm ihre Beiträge an Zins und oft auch an Kapital übergeben, damit er den Zinsherrn auch für sie befriedige, und da sie um deßwillen mehr noch als der Zinsherr ein Interesse haben, den „hablichsten" auszuwählen und auch besser als dieser mit den Personen und ihren Zuständen bekannt sind, so hielt es die Kommission von 1854 für richtiger, in erster Linie den Einzinsern die Wahl zu überlassen und nur, wenn sie dieselbe nicht vollziehen, sie dem Herrn zuzugestehn. (Z. XX, 341 Nro. 124.) Der Zinsherr muß sich aber einen außer dem Kanton Wohnenden nicht als Trager gefallen lassen. (Z. XIII, 8.)

2. Der Zinsherr ist befugt, sich so lange an den bisherigen Trager zu halten, als ihm nicht vom Uebergange der Tragerei auf einen Andern Kenntniß gegeben worden ist. (B. XVII, 76 Nro. 87.)

3. Bei den Garantievereinen (§ 17 des Vereinigungsges. Off. S. IX, 470) tritt die Vorsteherschaft an die Stelle des Tragers. (Z. III, 29 Erw. 3.)

§ 315.

[765.] Können sich die Einzinser nicht über die Ernennung eines Tragers einigen oder sind sie in der Bestellung säumig, so ist der Zinsberechtigte befugt, von sich aus einen Einzinser als Trager zu bezeichnen.

1. Vgl. § 314, 1. Einigen. Der Gewählte kann sich nicht entziehen, wenn auch der Zinsherr sich an ihn als den Trager halten will. (Z. XXI, 450.) Aber er hat das Recht, nach § 375 sein Grundstück aus dem Einzinserverbande abzulösen, wenn ihm die Stellung als Trager zu lästig wird.

2. Befugt, aber nicht verpflichtet. Er kann auch die Raten selbst eintreiben oder sie durch einen Dritten eintreiben lassen, vorausgesetzt, daß den Einzinsern daraus nicht größere Lasten erwachsen. (U. 1109.)

§ 316.

[766.] Im Zweifel ist es Sache des Tragers, nicht des Zinsberechtigten, den sogenannten **Tragerrodel** anzufertigen und die Einzinser aufzusuchen.

1. **Im Zweifel**, wo nicht etwa das Herkommen oder die Uebereinkunft der Betheiligten die Anfertigung des Tragerrodels dem Zinsherrn zugewiesen hat.

2. **Die Einzinser aufzusuchen.** Der Zinsherr betreibt nöthigenfalls den Trager, dieser lenkt aber den Rechtstrieb auf die säumigen Einzinser hin, indem er vorläufig die eingegangenen Zinsraten gerichtlich hinterlegt. Der Trager ist berechtigt, einen Einzinser, der sich seiner Pflicht entziehen will, gerichtlich zur Anerkennung und Erfüllung derselben anzuhalten. (Z. I, 201; XV, 153 Nro. 60.) Dagegen hat das Obergericht in einem Fall, wo der Gläubiger 9 Jahre lang versäumt hatte, den Zins einzufordern, diesem nicht das Recht zugesprochen, einen Trager zu ernennen und demselben die Regulirung der inzwischen unklar gewordenen Einzinserverhältnisse aufzubürden. (Z. II, 374.)

§ 317.

[767.] Die übrigen Theilschuldner sind verpflichtet, dem Trager nach Verhältniß ihrer Theilschulden für die Besorgung des Bezuges und für die Kosten der Ueberbringung des Zinses an den Zinsherrn einen angemessenen Lohn durch Zuschlag zu ihrer Zinsrate zu bezahlen. Erhält der Trager ein Trinkgeld von dem Zinsherrn, so braucht er dasselbe nicht mit den Mitschuldnern zu theilen.

1. **Einen angemessenen Lohn.** Es ließ sich derselbe nicht allgemein in Prozenten bestimmen, da vieles von den Umständen abhängt, z. B. von der Entfernung des Wohnorts des Zinsherrn, von der Schwierigkeit, eine Menge zerstreuter kleiner Posten einzusammeln u. dgl. Die Uebung hat gewöhnlich schon im einzelnen Fall das richtige Maß gefunden.

2. Der Antrag, daß dem Trager auch gestattet werde, schon einige Zeit vor dem Verfalltag des Gesammtzinses die einzelnen Einzinser zur Bezahlung ihrer Beiträge durch den Rechtstrieb anzuhalten, wurde auf die Entgegnung zurückgezogen, daß das gegen die Uebung sei und man rechtlich nicht fordern könne, daß die Beiträge geleistet werden, bevor die Schuld nach dem Vertrage fällig sei.

3. Der Zinsberechtigte hat dem Trager, der ihn für den Zins befriedigt hat, seine diesfälligen Rechte gegen die Einzinser abzutreten, ja dieselben gehen von selbst auf Letztern über, gleichviel, wie viel er dem Ersteren hat leisten müssen. (Z. X, 348 Nro. 35.)

§ 318.

[768.] Ergibt sich aus dem Bezuge der Zinsraten ein Ueberschuß über den Betrag des Gesammtzinses, so kommt derselbe, soweit er nicht

als Lohn (§ 317) aufzufassen ist, allen Einzinsern nach Verhältniß ihrer Raten zu.

Auf der anderen Seite haften die übrigen Einzinser nach demselben Verhältnisse für den Ausfall einer Zinsrate, deren Verlegung auf ein Grundstück nicht mehr aufgefunden wird.

D. Untergang.

§ 319.

[769.] Die Reallasten gehen, außer den durch die eidgenössischen und kantonalen Gesetze geregelten Fällen der Zwangsabtretung, unter:

a. durch Ablösung;

b. durch Verzichtleistung des Berechtigten;

c. durch Verjährung.

1. Zwangsabtretung s. § 247, 2.

2. Die Umwandlung einer Naturalleistung in eine Geldleistung zerstört die Eigenschaft der Reallast nicht, sondern ändert nur ihren Inhalt. (Z. IV, 206.)

3. Ablösung. Die Mehrheit der Einzinser, die zugleich auch mehr als die Hälfte des belasteten Landes besitzen, entscheidet. (Z. XX, 229.)

§ 320.

[770.] Der befreite Grundeigenthümer ist jederzeit berechtigt, die Löschung im Grundprotokolle vornehmen zu lassen. Besteht eine kanzleiische Urkunde über das Realrecht, so ist die Löschung zu der völligen Befreiung des Grundstückes nothwendig, indem, so lange sie nicht vollzogen ist, der gutgläubige Erwerber der Urkunde berechtigt erscheint, die Fortdauer der Reallast vorauszusetzen.

1. Löschung. Die meisten noch vorhandenen Reallasten sind aus dem frühern Mittelalter der Gegenwart überliefert und haben in der Wandlung der Zustände während der Bewegung vieler Jahrhunderte auch ihren ursprünglichen Charakter völlig verändert. Für solche Reallasten gibt es nur sehr selten gerichtliche oder kanzleiische Urkunden. Aber sie sind dennoch regelmäßig in den Grundbüchern vorgemerkt und werden bei Veräußerungen und Verpfändungen von Grundstücken vorgestellt. Auch bei solchen Reallasten hat der Verpflichtete, der z. B. den Zins oder den Zehnten losgekauft hat, die Befreiung des Grundstücks in dem Grundprotokoll vormerken zu lassen. Versäumt er es, so wird die Reallast fortwährend bei neuen Veräußerungen und Verpfändungen vorgestellt und der Werth und der Kredit des Grundstücks deßhalb vermindert.

2. Besteht eine gerichtliche oder kanzleiische Urkunde (§ 311, 2), die auf öffentlichen Glauben Anspruch hat, so ist die Löschung im Protokoll, welche hinwieder die

Entkräftung der Urkunde voraussetzt, nöthig, damit der Eigenthümer des früher belasteten Grundstücks sicher sei, daß die abgelöste Reallast nicht durch einen gutgläubigen Erwerber der unversehrten Urkunde als noch bestehend geltend gemacht werde. (Vgl. § 395.)

§ 321.

[771.] Durch Verjährung erlischt das Realrecht, wenn der Pflichtige die Leistung verweigert und der Berechtigte sich während dreißig Jahren bei der Nichterfüllung beruhigt hat.

Bezüglich der Verjährung der Forderung auf eine einzelne rückständige Leistung dagegen, soweit sie nicht als versichert erscheint, ist Art. 147 des Schweizerischen Obligationenrechtes maßgebend.

1. Es wird unterschieden:

a. die Verjährung des Realrechtes selbst, also z. B. des ganzen Grundzins- oder Zehntenrechts;
b. die Verjährung der Forderung auf einzelne rückständige Leistungen.

Die erstere setzt voraus, nicht bloß daß der Pflichtige die Last während der Frist nicht getragen, also keine Zinse oder Zehnten geleistet, sondern daß er dieselben verweigert und so die Freiheit des Grundstücks von der Last behauptet habe. Die letztere dagegen setzt nur voraus, daß die fällige Leistung während der Frist nicht eingeklagt worden sei. Im ersten Fall beträgt die Frist dreißig, im letztern nach Art. 147 OR. fünf Jahre. In jenem geht das dingliche Recht durch die Verjährung unter, in diesem verjährt die persönliche Forderung auf jene Rückstände, das dingliche Recht aber bleibt unversehrt.

2. Ein Gültzins wurde seit 19 Jahren aus Irrthum von einem Nichtschuldner entrichtet. Der Gläubiger zahlte diesem den Betrag zurück und forderte die Zinse von dem Gültpflichtigen nach. Mit Bezugnahme auf die Verjährung wurde ihm nur auf die letzten 10 Jahre das Recht geöffnet. (Z. II, 402.)

E. Ablösung der Gülten.

§ 322.

[772.] Ist ein Grundstück mit einer Gült belastet, so geht die Gültschuld von Rechtes wegen auf jeden neuen Erwerber desselben über. Für ausstehende Gültzinse haftet das Grundstück in derselben Weise wie für ausstehende Grundzinse.

1. Das Institut der Gültbriefe (Rentenkauf) ist nicht mehr in Uebung und großentheils durch die Schuldbriefe verdrängt worden. Aber es gibt noch eine ziemliche Anzahl alter Gültbriefe aus frühern Jahrhunderten. Bluntschli sagte, es frage sich sehr, ob nicht die durch die neuere Gesetzgebung begünstigte Beweglichkeit der

Schuldbriefe die Vortheile der Gült wieder einleuchtender machen und zu einer häufigeren neueren Bestellung von Gülten Veranlassung geben werde. Allein diese Erwartung erfüllte sich nicht, als der Vorzug der Gült von dem Schuldbriefe, nämlich die Unaufkündbarkeit derselben, auf Seite des Kreditors noch bestand. Da nun diese beseitigt ist (§ 323), wird von Errichtung neuer Gülten kaum mehr die Rede sein.

2. Der Gläubiger der Gült kann sich nicht an seinen bisherigen Schuldner halten für alle Zinsen, welche von dem Momente an erwachsen, in welchem dieser das Gut veräußert hat, sondern nur an das Gut, also an den neuen Eigenthümer desselben, § 309.

3. Die Bestellung der Gült geschieht nach § 307 durch das Grundprotokoll, und es wird ein Gültbrief ganz analog dem Schuldbrief kanzleiisch gefertigt und dem Gläubiger eingehändigt. Der Inhalt desselben ist aber nicht wie der des Schuldbriefs ein verzinsliches Darlehen, sondern Bestellung eines auf dem Gute haftenden jährlichen Gültzinses, für den der Gläubiger eine bestimmte Kapitalsumme als Kaufpreis bezahlt und welcher auf Kündigung hin um dieselbe Kapitalsumme wieder abgelöst werden kann.

§ 323.

[773.] Sowohl der Gültschuldner als der Gültgläubiger ist jederzeit berechtigt, auch wo ursprünglich an eine ewige Gült gedacht war, mit Beachtung der für Schuldbriefe vorgeschriebenen Aufkündungsfristen und Termine aufzukünden und abzulösen. (§§ 379 u. ff.)

Ist die Gült vor dem Jahre 1601 errichtet worden, so ist in Berücksichtigung der damaligen Veränderung des Münzfußes und des Herkommens zu dem Ablösungskapital von Einhundert für einen Zins von je fünf eine Aufgabe von zwanzig Prozent hinzuzurechnen. Diese Bestimmung findet auf bloße Schuldbriefe, auch wenn sie vor dem Jahre 1601 errichtet wurden, keine Anwendung.

1. Das frühere Gesetz gab das Kündigungsrecht nur dem Gültschuldner und bestimmte in § 774 ausdrücklich, daß der Gültgläubiger dasselbe nicht besitze, wenn er es sich nicht vertragsmäßig vorbehalten habe. Ursprünglich besaß auch der Schuldner dieses Recht nicht, weil eben die Gült nicht ein Darlehen, sondern ein Rentenkauf ist, s. § 322, 3; es wurde ihm dann aber gegeben in Folge des in § 306 ausgesprochenen Grundsatzes, daß auf dem Grundeigenthum keine unablösbaren Reallasten haften dürfen. Schon in der Kommission von 1854 aber wollte nach Bluntschli zu § 774 eine Minderheit das Recht auch dem Gläubiger geben, und sie unterlag nur durch Präsidialentscheid. Es wurden zwei Gründe dagegen geltend gemacht, nämlich

a. daß dann die Gült neben dem Schuldbriefe keine Existenzberechtigung mehr hätte,

b. daß beim damaligen hohen Zinsfuß die Schuldner in Verlegenheit kommen würden.

Von diesen Gründen hat sich der erste als unstichhaltig erwiesen, da ohnehin kein Bedürfniß nach neuen Gülten sich mehr geltend gemacht hat (§ 322, 1) und der zweite ist dahin gefallen. Der Antrag auf Ertheilung des Kündigungsrechtes an den Gläu-

biger ist indessen doch erst im Schoße des Kantonsrathes durchgedrungen, und zwar gestellt von einem ebenso juristisch tüchtigen als erfahrenen Gerichtspräsidenten eines landwirthschaftlichen Bezirkes. Es wurde dagegen eingewendet, daß man damit die erworbenen Rechte der Gültschuldner, welche nur eine unkündbare Rentenschuld auf sich genommen haben, verletze. Darauf war zu erwiedern, daß in Wahrheit die Verletzung erworbener Rechte im Jahre 1854 stattgefunden habe, als man den Gläubigern das Recht einer ewigen Forderung nahm, und daß, nachdem man einmal die Ablösbarkeit einer ewigen Last ausgesprochen hatte, es nur die Wiederherstellung der ursprünglichen Gleichheit zwischen Gläubiger und Schuldner sei, wenn nun nicht nur zu Gunsten des Letzteren, sondern auch zu Gunsten des Erstern die Möglichkeit der Auflösung des Rechtsverhältnisses geschaffen werde. Daß diese Möglichkeit überhaupt aber, allerdings im Widerspruch mit den gültig eingegangenen Vertragsbestimmungen, geschaffen worden sei, habe seinen Grund in den allgemein geltenden wirthschaftlichen Anschauungen der Gegenwart, und bekanntlich müssen solchen auch alt hergebrachte wohl erworbene Rechte weichen, nur sei dafür zu sorgen, daß dies ohne ökonomischen Schaden des Berechtigten geschehe, was hier der Fall sei.

2. Gült vor dem Jahr 1601. Diese Bestimmung wurde im Jahre 1854 mit Rücksicht auf die fortwährend geübten Vorschriften des Stadt- und Landrechts VIII, § 5 aufgenommen, welche das Recht auf die sogenannte Gültaufgabe und damit den Verkehrswerth der alten Gülten normirten. (Z. VI, 178.)

Im Schneider'schen Entwurfe war sie weggelassen, indem der Redaktor wie s. Z. Rüttimann sie für nicht begründet hielt. Dem gegenüber wurde sie aber damit gerechtfertigt, daß nach dem Münzfuße des Jahres 1577 der Zürichgulden einen Werth von Fr. 4. 90 gehabt habe (vgl. A. M. V, 24) im Jahre 1620 aber auf Fr. 2. 93 (1849 Fr. 2. 33) reduzirt erscheine; es würde nun in der That eine Beeinträchtigung der Rechte der Gültgläubiger sein, ähnlich wie solche allerdings zur Zeit der römischen Republik vorgekommen, wenn die in schweren Gulden eingegangene Schuld in leichten, die gleichwerthig genommen werden müßten zurückbezahlt werden könnte; es handle sich also nicht etwa um eine bloße Reduktion der Kaufkraft des nämlichen Münzwerthes. Zudem würden durch Beseitigung der Gültaufgabe die Rechte Mancher geschädigt, welche bei Erbtheilungen u. dgl. solche alten Gülten mit einem Aufschlage auf dem Kapital übernommen haben.

§ 324.

[775.] Im Konkurse des Gültschuldners oder bei einer Zwangsversteigerung geht die ältere Gült auch ihrem Kapitalwerthe nach den späteren grundversicherten Forderungen vor.

1. Kapitalwerth. Als solcher gilt die Ablösungssumme. Das Gut haftet zunächst für den Zins, insofern diesem aber ein Kapitalwerth entspricht, dessen Frucht er ist, auch für das Kapital. Es nimmt also die Gült im Konkurs in Kapital und ausstehenden Zinsen (§§ 310, 332) je nach ihrem Datum eine Stellung ein nach den ältern, auf dem gültpflichtigen Gute versicherten Schuldbriefen und vor den jüngern Schuldbriefen.

2. Die Worte „oder bei einer Zwangsversteigerung" sind neu hinzugefügt im Hinblick auf die §§ 121—145 des Rechtstriebsgesetzes und § 612 pr. G. B.

Die Frau darf nämlich den Mann mit der Weibergutsforderung und das Kind den Vater nicht zum Konkurse treiben; es tritt in solchen Fällen die Zwangsversteigerung an Stelle des Konkursverfahrens. Die zugefügten Worte enthalten also nicht neues Recht, sondern haben nur den Wortlaut des Gesetzes dem bestehenden angepaßt.

Siebenter Abschnitt.

Von dem Pfandrechte an Liegenschaften.

Erstes Kapitel.

Entstehung des Pfandrechtes.

A. Allgemeine Grundsätze.

§ 325.

[776]. Ein Pfandrecht an Liegenschaften kann abgesehen von den gesetzlichen Pfandrechten, nur durch Eintragung in das Grundprotokoll entstehen.

1. Für das Pfandrecht an Eisenbahnen gelten nicht die Bestimmungen dieses Abschnittes, sondern die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1874 über die Verpfändung von Eisenbahnen (Eidg. Amtl. S. N. F. Bd. I, 121 der Verordnung des Bundesrathes vom 17. Sept. dess. J. betr. Einrichtung und Führung des Pfandbuches über die Verpfändung der Eisenbahnen das. p. 108 und der Bundesrathsbeschluß betr. die Pfandgebühren vom 6. April 1877 das. Bd. II, 122.)

2. In diesem Abschnitt haben mehrfache Umstellungen der Paragraphen aus Gründen der Systematik stattgefunden.

3. Vgl. §§ 242. 307, Denzler, über das Hypothekenwesen im Kanton Zürich B. IX, 1. Die Sicherheit des Realkredits fordert die konsequente Durchführung des Prinzips der Oeffentlichkeit der Pfandrechte, und diese findet in der nothwendigen Eintragung in das Grundprotokoll die Gewähr.

4. Abgesehen von den gesetzlichen Pfandrechten. Diese Worte sind neu; der frühere § 776 enthielt im Gegensatz dazu die Worte: „Es gibt kein stillschweigendes Pfandrecht". Es war das wie ein Protest gegen die Menge der stillschweigenden Pfandrechte des römischen und gemeinen Rechtes, welche den Kredit in hohem Maße gefährdeten, eine scharfe Betonung des in Ziffer 2 aufgestellten Grundsatzes der Publizität des Pfandrechtes. Aber sie war nicht durchweg richtig; denn gleich der folgende Paragraph stellte mit den Worten „Ausnahmsweise bleiben vorbehalten" zwei Arten gesetzlicher Pfandrechte auf, welche in Paragraph 793, Abs. 2

ausdrücklich als stillschweigende bezeichnet wurden, und im Laufe der Zeit sind durch Spezialgesetze noch 3 weitere Arten hinzugekommen (s. § 332). Es erschien daher richtiger, den Satz zu streichen, zumal der Grundsatz der Publizität keiner besondern Betonung mehr bedarf und im Gegentheil die gesetzlichen Pfandrechte ausdrücklich vorzubehalten.

§ 326.

[789.] Außer an Liegenschaften im eigentlichen Sinne kann ein Pfandrecht nur an solchen dauernden Realrechten bestellt werden, mit welchen Besitz an Boden oder an einem Gewässer verbunden ist, wie Holzgerechtigkeiten, Wasserrechten und Wasserwerken, Fischereirechten, nicht bloß auf Zeit verliehenen Tavernenrechten und Metzgbänken, dagegen nicht an Zehnten, Grundzinsrechten, Gülten, Pfandbriefen.

1. Besitz am Boden, sei es, daß dieser dem Realrechte dient, wie z. B. der Gemeindewald den Holzgerechtigkeiten (Z. XIV, 463) die Quelle dem Wasserrecht (Z. XXIII, 345) oder sei es, daß an den Boden das Recht geknüpft ist, wie bei den sogenannten ehehaften Realgewerben.

2. Zehnt-, Grundzinsrechte, Gülten. Nach der ältern Rechtsansicht war mit diesen Rechten auch Besitz (Gewere) am zehnt- und zinspflichtigen Boden verbunden. Die Auffassung hat sich aber im Laufe der Zeiten geändert. Wir sehen die Reallasten nicht mehr als Wirkung einer Oberherrschaft oder des grundherrlichen Eigenthums an dem zinspflichtigen Boden an, sondern als Lasten und Schulden, die dem Grundeigenthum auferlegt und auf demselben gesichert sind. Die Begründung solcher Rechte bedarf aber wohl noch der kanzleiischen Fertigung, nicht aber die Verpfändung derselben. (Bluntschli, deutsches Privatr. § 90.)

3. Metzgbänke. Diese sind wohl nur aus Versehen hier stehen geblieben, denn seit der Freigebung des Metzggewerbes und der Unterstellung aller Metzgen unter die nämlichen Vorschriften durch das Gesetz vom 27. Dez. 1866 (Off. S. Bd. XIV, 287) kann von diesfälligen Realrechten wohl nicht mehr gesprochen werden.

§ 327.

[783.] Der Eigenthümer ist berechtigt, sein Grundstück auch für eine fremde Schuld zu verpfänden.

1. Ein Vater A kann z. B. seinem Sohne B bei einem Banquier C dadurch Kredit verschaffen, daß er auf seine Liegenschaften eine Realkaution verlegt, zur Sicherheit für das Geld, welches C dem B zu seinem Geschäfte kreditirt. (Z. VII, 135, Nro. 76; XX, 139 Erw. 6; 325, Nro. 115); der Eigenthümer selbst haftet deßwegen nicht etwa auch persönlich für die fremde Schuld. (Z. XVI, Erw. 6, a.)

§ 328.

[778]. Die Forderung, für welche eine Grundversicherung bestellt wird, muß in bestimmter Geldsumme verzeichnet oder mindestens in solcher

begrenzt sein. Nur unter dieser Beschränkung kann ein Grundstück auch für zukünftige Forderungen verpfändet werden.

1. Begrenzt. Z. B. Ein Geschäftsmann A gibt einem Banquier B, mit dem er in Geldverkehr ist, Realversicherung (Kaution) auf seinem Hause bis auf die Summe von höchstens zehntausend Franken, in der Meinung, daß nach der jeweiligen Abrechnung unter ihnen (Conto-Corrent) für das dannzumalige Guthaben des B auf dem Hause des A ein Pfandrecht bestehe. So auch bei der Kreditversicherung § 331. Das Guthaben kann wechseln von Zeit zu Zeit, ganz verschwinden, wieder steigen u. s. f. Immer haftet das verpfändete Grundstück, sobald jenes wieder und insoweit es da ist. Aber nur bis auf jene Grenze. Es darf die Realkaution nicht ohne solche Grenze für das jeweilige Guthaben, wie groß es immer sei, bestellt werden. Durch sie würde die Sicherheit, welche die Grundprotokolle über den rechtlichen Bestand der Grundstücke und deren Behaftung geben sollen, aufgehoben. Eine Realkaution ohne bestimmte Begrenzung der Summe ist daher ungültig. Es ist, auch wenn sie aus Versehen des Landschreibers in das Grundprotokoll eingetragen worden, kein Pfandrecht entstanden.

2. Danach kann ein Grundpfandrecht für eine Forderung aus Verzug des Schuldners nur dann geltend gemacht werden, wenn es ausdrücklich mit einer Maximalgrenze bestellt worden ist. (Z. XVI, 330, Erw. 4.)

3. So kann ein Grundpfandrecht auch bestellt werden für eine bedingte Forderung, z. B. für den allfälligen Regreßanspruch eines Bürgen gegen den Hauptschuldner oder den Rückbürgen. (Z. XXII, 352 Erw. 3.)

4. Für zukünftige Forderungen. Ein solches Pfandrecht ist nicht etwa erst von der Zeit der Entstehung der Forderung zu datiren, sondern von der Zeit seiner Bestellung. (Z. XXII, 352, Erw. 3; OG. 1885, Nro. 100.)

§ 329.

[780.] Wird ein Grundstück für Leibrenten oder für eine Forderung auf Unterhalt und Pflege (Leibgedinge) oder für andere Naturalleistungen verpfändet, so ist auch in diesem Falle eine Kapitalsumme in Geld anzugeben, für welche oder bis auf welche im äußersten Falle das Grundstück haftet.

1. Diese Bestimmung ist im Jahre 1854 neu in das zürcherische Recht eingeführt worden. Leibrenten (s. schweiz. OR. Art. 517 u. ff.) wurden bis dahin wohl nur selten auf Grundstücke versichert. Die Schätzung derselben ihrem Kapitalwerthe nach hat aber nur geringe Schwierigkeit, indem die Wahrscheinlichkeitsberechnungen der Leibrentenanstalten und ihre Kapitalforderungen einen Anhaltspunkt gewähren. Schwieriger ist die Schätzung für Leibgedinge (s. § 476 u. ff.), die schon früher regelmäßig durch Pfandrecht auf Grundstücken gesichert worden sind, aber ohne Kapitalansatz. Das Bedürfniß eines derartigen Kapitalansatzes ist aber vorhanden, theils aus den Gründen des Realkredits (vgl. § 328), indem es für die nachfolgenden Gläubiger wichtig ist, zu wissen, bis auf welche Summe das Grundstück bereits behaftet sei, theils weil bei Streitigkeiten zwischen dem Leibdinggeber und dem Leibdingnehmer und ebenso

im Konkurse des erstern die Schätzung dazu dient, das Recht des letztern in Geld zu werthen und im Nothfall in Geld zu realisiren. Da die Leibdingsverträge aber gerichtlich genehmigt werden müssen (§ 477), so ist auch dafür gesorgt, daß die Schätzung wirklich vorgenommen werde. (Vgl. Z. XIX, 202, Nro. 52.)

§ 330.

[781.] Ist die Schuldsumme genau und unabänderlich als feste und einseitige Kapitalschuld bestimmt, wie bei bezahlten Gelddarlehen, oder, wenn auch aus einem anderen Rechtsgeschäfte entstanden, doch als solche kanzleiisch gefertigt worden, so entsteht ein eigentlicher Schuldbrief.

1. Der eigentliche Schuldbrief ist bei uns zu einem sehr ausgebildeten Werthpapier geworden. Bis auf die neuere Zeit war er bei unsern Kapitalisten die beliebteste Art, ihre Gelder zinsbar und sicher anzulegen. Eigene Staatsschuldverschreibungen gab es nicht, ausländische fanden nur wenig Eingang. Die andern Werthpapiere der Art, Aktienscheine auf Eisenbahnen u. dgl. gehören ganz der neuen Zeit an. Aber mit der Zeit hatte sich das Verhältniß geändert, und es ist viel Kapital in auswärtigen Papieren angelegt oder auch an inländische Aktienunternehmungen hingegeben worden. Indessen machten die Schuldbriefe doch immer noch einen bedeutenden Bruchtheil des bei uns an Zinsen gelegten Kapitals, namentlich öffentlichen und Waisen-Vermögens, aus. Es war daher von großem Interesse, ihm größere Beweglichkeit und Sicherheit gegen Anfechtungen zu geben, wie das nun geschehen ist, siehe das Vorwort p. 7 u. f. und die §§ 386, 389, 396. Schon Bluntschli hatte in seinem Kommentar zu § 781 geschrieben: „Durchaus nöthig scheint mir eine größere noch fehlende, auf den Realkredit der verpfändeten Grundstücke basirte Bankanstalt, welche eigens die Aufgabe hat, die Schwierigkeiten, die sich in zahlreichen Fällen durch die gesteigerte Beweglichkeit dieses Kapitalverkehrs und unerwarteter Kündigungen ergeben müssen, im Interesse der dabei Betheiligten auszugleichen.“ Auf der einen Seite sind aber diese Schwierigkeiten bei Weitem nicht so groß geworden, wie Bluntschli und viele Andere fürchteten, und auf der andern ist bald nach dem Erscheinen des Kommentars die gewünschte Bank durch die neue Organisation der Bankgesellschaft Leu & Cie. in Zürich und nachher durch die Gründung der zürcherischen Kantonalbank ins Leben gerufen worden, so daß trotz wiederholter Erschütterung des Kredites der Schuldbriefe durch die Handlungen verbrecherischer Notare ein solches Schuldinstrument, namentlich nachdem sich die Verheißungen anderer Werthpapiere oft als trügerisch erwiesen haben, wieder zu einem der am meisten gesuchten, und sowohl mit Bezug auf den Zins als auch hinsichtlich der Rückzahlung für den Schuldner vortheilhaftesten Werthtitel geworden ist.

2. Feste und einseitige Kapitalschuld. Die auf den eigentlichen Schuldbrief gegründete Kapitalforderung hat eine formelle Natur. Darauf beruht der Kredit der Schuldbriefe und der leichte Umsatz derselben im Verkehr. Eben deßhalb muß sie auch fest bestimmt und einseitig sein, denn sonst ist ihre Liquidität gefährdet. Das Gelddarlehen, welches seiner Natur nach die einseitige Schuld der Rückgabe der genau bestimmten Summe (Geldes) begründet, eignet sich daher vorzugsweise dazu, durch den Schuldbrief in eine neue liquide und formelle Schuld gleichsam erhoben zu werden. Der Schuldbrief gewährt ihr nicht bloß Sicherheit an dem Unter-

pfand, er gibt der Forderung selbst einen eigenthümlichen Charakter von Sicherheit und Klarheit und erhöhten Schutz. Es liegt darin eine Neuerung (Novation, schweiz. OR. Art. 140 u. ff.), ähnlich wie wenn der Römer sich die Darlehenssumme durch Stipulatio versprechen ließ, oder die Kaufleute eine gewöhnliche Kaufschuld in eine Wechselschuld umwandeln. Es thut daher dem Schuldbriefe keinen Eintrag, wenn darin ein unrichtiger Schuldgrund angegeben ist. (Z. XVI, 280; OG. 1885, Nro. 100.)

3. Aus einem andern Rechtsgeschäft. Z. B. In Folge Abrechnung aus wechselseitigem Handelsverkehr oder aus einer Liquidation gemeiner Güter oder aus Entschädigungsansprüchen ist A Schuldner des B geworden für eine bestimmte Summe und stellt dafür einen Schuldbrief aus. Wird dieser ganz einfach auf die bestimmte Summe ausgestellt, die unter allen Umständen zu zahlen sei, so daß aus dem Verhältniß, aus dem die Schuld entsprungen, keine Einreden dagegen auf Seite des Schuldners zulässig erscheinen, so ist das ein eigentlicher Schuldbrief. Unter der entgegengesetzten Voraussetzung gehört er unter die modifizirten (uneigentlichen) Schuldbriefe des § 331.

4. Z. B. Für den Kaufrest eines Hauses wurde ein Kaufschuldbrief im Betrag von 5000 Fr. gefertigt und durch die Klausel: Verkäufer A entschlägt sich jeder Nachwährschaft, dieser Brief einem eigentlichen Schuldbrief gleichgestellt. Später mußte der Käufer B an ausstehenden und als bezahlt verechneten Zinsen noch 1500 Fr. bezahlen. Daß er dafür trotz jener Klausel von A Ersatz fordern kann, ist selbstverständlich. Da aber A jenen Kaufschuldbrief an C veräußert hatte, wollte B auch dem C gegenüber jene Gegenforderung in Abrechnung bringen, weil der Kaufrest irrthümlich auf 5000 statt 3500 Fr. gesetzt worden. Diese Einrede ist nicht zulässig, indem der gutgläubige Erwerber des Schuldbriefs in dem Inhalt seines Werthpapiers geschützt wird. (Z. II, 301; VI, 286.)

§ 331.

[782.] Ist der Schuldner berechtigt, nach Umständen Abzüge an der genannten Schuldsumme zu machen, wie z. B. bei einer Kaufschuld für Mängel der verkauften Sache, oder stellt sich sonst die Schuldsumme nicht als eine feste und einseitige Kapitalschuld dar, so ist bei der Fertigung ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, und eine solche Grundversicherung auch äußerlich nicht einem eigentlichen Schuldbriefe gleich zu stellen, sondern als Kaufschuldbrief, Kreditversicherungsbrief, Kautionsurkunde, Ausrichtungsbrief u. s. f. zu bezeichnen.

1. Vgl. § 330, 2, 3. Alle Schuldtitel dieser Art werden durch den Ausdruck Versicherungsbrief zusammengefaßt, während der Ausdruck Pfandbrief (§ 353) alle diese und dazu noch die eigentlichen Schuldbriefe des § 330 in sich begreift. In den einen Fällen beruhen die Abzüge auf einer Gegenforderung, in den andern ist die Forderung selbst nicht mit Klarheit aus dem Schuldbrief zu erkennen. Z. B. Wenn das Grundstück des A in dem Sinne dem B verpfändet wird, daß es für die redliche Verwaltung der dem A anvertrauten Gelder des B bis zu einem bestimmten Betrage Realsicherheit gewähre, so ist aus diesem Kautionsbriefe nicht zu ersehen, ob wirklich B eine Forderung gegen A habe und wie groß dieselbe sei.

2. Kaufschuldbrief s. § 330, 4. Derselbe soll den Vorbehalt enthalten, daß Ersatzforderungen für verschwiegene dingliche Lasten oder Mängel der verkauften Sache jedem Inhaber gegenüber geltend gemacht werden können. (Gesetz betr. das Notariatswesen vom 26. Juni 1839 § 58 Off. S. Bd. V, 193; Z. VI, 287 Erw. 3.) Das Obergericht hat wiederholt ausgesprochen, daß wenn in einem Kaufschuldbriefe die Nachwährschaft für nicht angezeigte dingliche Lasten wegbedungen sei, dadurch der Kaufschuldbrief in seiner Wirkung dem eigentlichen Schuldbriefe gleichgestellt werde. (U. 1139 ff.) Hiegegen ist einzuwenden, daß trotz jener Wegbedingung dem Schuldbriefkreditor gegenüber die Einrede eines derselben zu Grunde liegenden dolus entgegen gehalten werden kann.

3. Kreditversicherungsbrief, besser als der frühere in § 782 gebrauchte Ausdruck Kreditschein s. §§ 349, 387.

4. Kautionsurkunde besonders zur Versicherung einer allfälligen Schadenersatzforderung aus Verletzung amtlicher oder durch privatrechtlichen Anstellungsvertrag übernommener Verpflichtungen im Gebrauch.

5. Ausrichtungsbrief s. § 335. b, §§ 1054, 1072.

6. U. s. f. Dahin gehört auch der Weibergutsversicherungsbrief (§ 604.)

B. Rechtstitel.

§ 332.

[777.] Von Gesetzes wegen bestehen ohne Vertrag und ohne kanzleiische Fertigung folgende Pfandrechte:

a. das Recht der Gemeinde beziehungsweise des Bewerbers eines Gebäudes, sich während der Dauer eines Jahres vom Ende der Bezugsfrist an für den an die Brandversicherungsanstalt bezahlten Jahresbeitrag an Denjenigen zu halten, welcher zur Zeit der Erhebung Eigenthümer des versicherten Gebäudes war;

b. das Recht des Grund- und Erblehenzinsberechtigten, für drei ausstehende Zinse und den laufenden auf das belastete Grundstück zu greifen;

c. das Pfandrecht für eine Forderung aus baulichen Anordnungen, welche im Interesse der Feuerpolizei getroffen wurden, gemäß dem Gesetze betreffend die Brandversicherungsanstalt für die Gebäude im Kanton Zürich;

d. das Pfandrecht des Staates oder der Gemeinden zur Deckung von Auslagen, welche sie bei der Korrektion oder bei dem Unterhalte der Gewässer für Private zu machen haben, gemäß dem Gesetze betreffend die Korrektion der öffentlichen Gewässer;

e. das Pfandrecht des Rebfondes für die ausstehenden Beiträge, gemäß dem Gesetze betreffend Maßnahmen gegen die Reblaus.

1. Vgl. § 325, 3; 392.

2. Zu lit. a. Diese Litera ist entsprechend dem alten § 777, aber genauer gefaßt in Uebereinstimmung mit dem Gesetze betr. die Brandversicherungsanstalt für die Gebäude vom 25. Oktober 1885 Off. S. Bd. XXI, 205, welches sagt:

§ 51. „Die Gemeinden haben binnen 4 Wochen vom Tage der Mittheilung des Regierungsbeschlusses an der Staatskasse den gesammten Betrag der im Gemeindsbanne zu erhebenden Beiträge einzuliefern.

§ 52. Den Gemeinden steht für die von ihnen bezahlten Beiträge während der Dauer eines Jahres vom Ende der Bezugsfrist an ein den Spezialpfandrechten vorgehendes gesetzliches Pfandrecht an dem Gebäude zu.

§ 53. Falls der Eigenthümer nicht in der Gemeinde wohnhaft ist, so kann der Jahresbeitrag auch von einem Bewerber des Gebäudes gefordert werden. Bezahlt der Bewerber den Beitrag, so steht ihm hiefür das gleiche gesetzliche Pfandrecht wie der Gemeinde zu."

Danach ist klar, daß die Assekuranzanstalt selbst keines solchen Pfandrechtes bedarf, wohl aber die Gemeinden oder Bewerber, welche haben zahlen müssen. (Vgl. Konkursgesetz § 93, Off. S. Bd. XVI, 238.) Dieses gesetzliche Pfandrecht ist aber beschränkt auf die letztjährige Brandsteuer, erlischt also von Rechtes wegen nach Ablauf eines Jahres seit der Vertheilung der Steuer. Weder der neue Erwerber des Hauses noch ein Pfandgläubiger kann sich darüber beschweren, daß ihm dieses Pfandrecht vorgehe, da er die Sicherheit seines Eigenthums, beziehungsweise seines Unterpfandes, der Anstalt verdankt und die Brandsteuer überdem theils regelmäßig vorgesehen, theils auf je ein Jahr beschränkt ist.

3. Zu lit. b. Vgl. § 384. Diese Litera enthält nur eine unbedeutende Verbesserung der Redaktion. Die Reallast selbst ist zwar schon dinglichen Charakters; aber die einzelnen Zinsleistungen bedürfen eines Pfandrechtes an dem Boden, auf welchem die Reallast haftet; und da die älteren Grundzinse nicht kanzleiisch gefertigt, obwohl regelmäßig den durchweg jüngeren Schuldbriefen vorgestellt sind, so wird hier eine Ausnahme begründet und könnten Zweifel entstehen, wenn man die Erwähnung derselben im Vertrauen auf § 384 weglieẞe. Aus diesen Gründen wurde dieselbe hier aufgenommen.

4. Zu lit. c. Das erwähnte Gesetz (vgl. Ziff. 2) bestimmt in

§ 15. „Für die Kosten polizeilicher Maßnahmen" (zur Abhülfe gegen feuergefährliche Bauart oder Einrichtung eines Gebäudes oder seiner Umgebungen) steht der Polizeibehörde während der Dauer eines Jahres, vom Tage der Vollendung der Arbeiten an, ein den Spezialpfandrechten vorgehendes gesetzliches Pfandrecht an dem Gebäude zu.

§ 16. Wenn der Besitzer eines Hauses die getroffenen baulichen Anordnungen wegen notorischer Armuth nicht auszuführen im Stande ist, und die auf dem Hause versicherten Gläubiger sich nicht freiwillig zu der Ausführung verstehen, ein Dritter aber diese Arbeiten entweder selbst vornehmen lassen oder das Geld dazu herschießen will, so hat der Letztere für die Kosten derselben ebenfalls ein gesetzliches Pfandrecht im Sinne des § 15. Dasselbe Pfandrecht steht auch den Pfandgläubigern zu, wenn diese die Reparaturen vornehmen oder das dazu nöthige Geld vorschießen." (Vgl. Konkursgesetz § 93.)

5. Zu lit. d. Das erwähnte Gesetz v. v. 10. Dez. 1876 Off. S. Bd. XIX, 500 bestimmt in § 29, Abs. 1 u. 2:

„Für sämmtliche Auslagen, welche der Staat oder die Gemeinden bei der Korrektion oder beim Unterhalt der Gewässer für Privaten zu machen haben, steht denselben ein stillschweigendes Pfandrecht .... zu.

Dieses Pfandrecht erlischt, sofern dasselbe nicht innert 6 Monaten nach der endgiltigen Feststellung des betreffenden Verlegers aufprotokollirt wird." (Vgl. §§ 333, 348.)

6. Zu lit. e. Das Gesetz über Abänderung des Gesetzes betr. Maaßnahmen gegen die Reblaus v. v. 29. März 1885 (Off. S. Bd. XXI, 177) bestimmt in § 21:

„Dem Rebfond steht für die ausstehenden Beiträge ein stillschweigendes Pfandrecht an dem betreffenden Grundstücke ... zu.

Das Pfandrecht erlischt, sofern dasselbe nicht bis zum nächstfolgenden ersten Mai von der Verfallzeit an aufprotokollirt wird." (Vgl. § 333, 1, § 348.)

7. Ueber die Rangordnung dieser Pfandrechte s. § 341.

§ 333.

[neu.] Für die in § 332 lit. d und e bezeichneten gesetzlichen Pfandrechte kann nach Maßgabe der bestehenden Gesetze innerhalb sechs Monaten von deren Entstehung an durch einfache Aufprotokollirung am Grundbuche ohne Mitwirkung des Schuldners Grundversicherung bestellt werden.

1. Nach Maßgabe der Gesetze vgl. § 332, 5, 6, § 392. Im Falle von § 332 lit. e ist also für die Erhaltung des Pfandrechtes nothwendig, daß dasselbe nicht nur vor dem nächsten Maitag, sondern auch innerhalb 6 Monaten aufprotokollirt werde, und wenn die Frist bis zum Maitag nicht mehr 6 Monate beträgt, so geht sie gleichwohl nicht über diesen Tag hinaus.

2. Aufprotokollirung ist ein notarialischer Eintrag ohne Ausfertigung von Urkunden, das zeigt das Stadt- und Landrecht (Th. X, § 42, s. Notariatsgesetz vom 26. Juni 1839 Off. S. V, 175, § 56 Abs. 2.) Für die hier erwähnten Aufprotokollirungen darf keine Staatsgebühr berechnet werden. (Korrektionsgesetz § 29, Abs. 3.)

3. Ohne Mitwirkung, aber immerhin nicht ohne sein Wissen, s. § 338.

§ 334.

[784, 785.] In allen übrigen Fällen, in welchen von Rechtes wegen, oder gestützt auf Vertrag, letztwillige Verordnung oder gerichtliches Erkenntniß eine Grundversicherung begehrt werden kann, erwächst aus diesem Titel nicht das Pfandrecht selbst, sondern bloß das obligatorische Recht, den Schuldner zur kanzleiischen Bestellung desselben anzuhalten.

1. Eine Grundversicherung kann begehrt werden:

A. Von Rechtes wegen in den Fällen des § 335;

B. zufolge Rechtsgeschäftes, und zwar

1. zweiseitigen Geschäfts: Pfandvertrag. Die Uebereinkunft zwischen A und B, wornach A sich verpflichtet, für ein von B empfangenes Darlehen sein Haus zu verpfänden, begründet, auch wenn sie schriftlich abgefaßt und unterzeichnet worden, noch kein wirkliches Pfandrecht, sondern nur die Forderung des B gegen A, daß er in die Kanzlei gehe und die Eintragung des Pfandrechts in das Grundprotokoll vornehmen lasse; (vgl. §§ 117, 325.)
2. einseitigen Geschäfts: letztwillige Verordnung. Eine solche hat auch, wenn sie einen Bestandtheil des Nachlasses betrifft, im Gegensatz zum römischen Recht keine dingliche Wirkung.

C. Zufolge gerichtlichen Erkenntnisses.

Auch die gerichtliche Genehmigung des Leibdingsvertrages z. B. erzeugt noch kein Pfandrecht des Leibdingnehmers an dem abgetretenen Gute, eben so wenig die gerichtliche Auflage im Theilungsverfahren, daß der eine Miterbe, welcher das Grundstück für sich allein erhalte, dem andern für die Auskaufssumme Pfandrecht gewähren müsse. Erst die Vollziehung im Grundprotoll bewirkt das Pfandrecht.

§ 335.

[786.] Von Rechtes wegen, auch ohne hierauf gerichteten Vertrag sind berechtigt, die Bestellung einer Grundversicherung zu begehren.

a. der Verkäufer eines Grundstückes für den noch unbezahlten Kaufpreis mit Bezug auf das verkaufte Grundstück;
b. der ausgerichtete oder ausgekaufte Miterbe (Bruder, Schwester) für die Ausrichtungs- oder Auskaufssumme auf den Liegenschaften, welche dem ausrichtenden oder auskaufenden Miterben zugefallen sind;
c. die Quaiunternehmung der Gemeinden Zürich, Riesbach, Enge und Wollishofen für die Beitragspflicht der Anstößer an den Seequai gemäß der bestehenden Verordnung;
d. die Korporationen für Bewässerung oder Entwässerung von größeren Grundflächen zur Deckung ihrer diesfälligen Kosten.

1. Zu lit. a. Für den unbezahlten Kaufpreis. Das ältere Recht hatte dem Verkäufer von Liegenschaften für den ausstehenden Kaufpreis ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Kaufobjekte, obwohl unter gewissen Beschränkungen zugeschrieben. (Stadt- und Landrecht X. § 35 erklärt in der Monatschronik für zürch. Rechtspflege I. S. 329 ff. Vgl. Z. IV. 208.) Dieses Vorrecht steht aber im Widerspruch mit der Konsequenz unseres Pfandsystems und ist daher schon 1854 aufgehoben worden. Wohl aber rechtfertigt die Rücksicht auf die natürlichen Verhältnisse des Verkäufers und des Käufers zu einander und zu dem verkauften Grundstück, daß der erstere auch ohne ausdrückliche Verabredung für den ausstehenden Kaufpreis Sicherheit aus dem Kaufobjekt verlangen, beziehungsweise die Bestellung eines Pfandrechts fordern

dürfe. Es braucht also, sobald ein Kaufrest kreditirt und dabei nicht bedungen ist, daß er unversichert stehen gelassen werden müsse, der Verkäufer sich die Fertigung der Liegenschaften ohne gleichzeitige Errichtung des Kaufschuldbriefes nicht gefallen zu lassen. (B. XIX, 54 Nro. 38.)

2. Zu lit. b. Obgleich hier die Rede ist von Liegenschaften, welche „zugefallen sind", ist nicht abzusehn, warum die Bestimmung sich nur auf angefallene Erbschaften, nicht auch auf Erbanwartschaften beziehen sollte (Z. XIX, 311 Erw. 5; vgl. § 1054.) Z. B. Der Vater A schließt einen Ausrichtungsvertrag mit seinen Söhnen B und C ab, wornach B ausgerichtet wird und auf das Landgut des Vaters zu Gunsten des C verzichtet, wogegen B jetzt schon eine Ausstattung vom Vater erhält und für den Fall des Todes des Vaters dem C, der das Gut allein erbt, auferlegt wird, an B zweitausend Franken zu bezahlen. — Oder: Ohne Mitwirkung des Vaters A kauft der Sohn B die Erbansprüche des Bruders C und der Schwester D auf das väterliche Wohnhaus dadurch aus, daß er sich verpflichtet, beim Anfall der Erbschaft an seine Geschwister eine bestimmte Summe Geldes zu bezahlen. In beiden Fällen hat der ausgerichtete oder ausgekaufte Miterbe einen Rechtstitel auf Sicherung seiner Forderung durch Bestellung eines Pfandrechtes, Ausstellung eines Ausrichtungsbriefes, s. § 331. (Z. VII, 90.) Ueber den Erbauskauf s. §§ 1077 u. ff. Diese Litera kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Söhne gemäß § 851 die väterlichen Liegenschaften übernehmen. (Z. XX, 348 Nro. 129.)

3. Zu lit. c. Diese Litera ist neu hinzugefügt worden in Uebereinstimmung mit der Verordnung betr. die Beitragspflicht des Grundeigenthums mit Bezug auf eine Quaianlage, d. d. 25. März 1875, Off. S. Bd. XVIII, 495 § 22, welcher lautet:

> „Wenn eine Abtheilung des Quais eröffnet und der von dem einzelnen Anstößer zu entrichtende Beitrag festgestellt ist, derselbe aber nicht sofort bezahlt werden soll, so ist die notarialische Versicherung des geschuldeten Betrages auf das beitragspflichtige Grundstück vorzunehmen."

4. Zu lit. d, ebenfalls neu aufgenommen. Das Gesetz betr. Bewässerung und Entwässerung von größeren Grundflächen vom 20. Juni 1864 (Off. S. Bd. XIII, 267) bestimmt in § 37:

> „Die Genossenschaft ist berechtigt, für die verwendeten Kosten auf den einzelnen Grundstücken Versicherung zu verlangen. Die dießfällige Versicherung ist in der Form einfacher Aufprotokollirung zu bewerkstelligen."

Hier ist also im Gegensatz zu § 333 von einer Aufprotokollirung die Rede, welche ein Pfandrecht nicht bloß konstatirt und erhält, sondern erst begründet, und darum wohl auch nicht ohne Mitwirkung des Schuldners und Verpfänders vorgenommen werden kann.

5. Die früheren stillschweigenden Pfandrechte für Lidlöhne (Dienstlöhne) des Schmieds, Wagners, Zieglers u. s. f. (Stadt- und Landr. X. §§ 27, 28) sind aufgehoben worden und es wird auch kein sich von selbst verstehender Rechtstitel derselben anerkannt, Pfandrechte zu begehren. Bluntschli hatte zwar den allgemeinen dem römischen Rechte entsprechenden Grundsatz vorgeschlagen, daß die Baumeister und Bauhandwerker für die Baukosten und Bauverwendungen und ebenso andere Personen für die zum Bau gelieferten und verwendeten Materialien einen Rechtstitel haben, um Bestellung eines Pfandrechtes auf der Baute zu fordern,

und die Kommission hatte zur Sicherung dieser Handwerker den Antrag gutgeheißen. Derselbe wurde aber im Großen Rathe aus der Besorgniß verworfen, daß daraus neue und verwickelte Streitigkeiten entstehen könnten und es besser sei, die Sorge für ihre Sicherheit auch diesen Handwerkern selber zu überlassen, als für sie von Rechtes wegen zu sorgen. Seither ist Niemand mehr darauf zurückgekommen.

§ 336.

[787.] Weigert sich der Eigenthümer, obwohl ein rechtmäßiger Anspruch auf Bestellung des Pfandrechtes vorliegt, zu der kanzleiischen Fertigung mitzuwirken, oder er ist thatsächlich verhindert, so ist, wo Gefahr im Verzuge liegt, der Gerichtspräsident nach vorheriger Prüfung des Falles ermächtigt, auf Begehren des Gläubigers zu dessen Gunsten die provisorische Bestellung anzuordnen, wenn die Forderung sowohl als die Verpflichtung, Pfandrecht zu gewähren, liquid erscheint. Dem Schuldner bleibt aber auch in diesen Fällen das Recht vorbehalten, über die Frage der Gültigkeit des Pfandrechtes auf dem Wege des ordentlichen Prozesses ein gerichtliches Urtheil zu verlangen.

1. Die Bestellung eines Pfandrechtes auf Liegenschaften erfordert regelmäßig, außer dem Falle des § 333, die Thätigkeit des bestellenden Eigenthümers, der in der Notariatskanzlei die Verpfändung zu Protokoll gibt (§ 338). Dieses Verfahren ist offenbar richtiger, als wenn man dem Pfandgläubiger überläßt, auf seinen Titel zur Pfandbestellung gestützt, diese in der Kanzlei zu betreiben. Es gibt aber Ausnahmsfälle, wo Gefahr im Verzug ist, in denen es dem mit einem Rechtstitel versehenen Pfandgläubiger gestattet sein muß, durch provisorische Vormerkung sich gegen Weiterverpfändung oder gegen Veräußerung des unverpfändeten Grundstücks oder für den Fall des drohenden Konkurses des Schuldners zu schützen. Es bedarf dann aber auch die provisorische Verpfändung einer vorherigen Prüfung des Falles von Seite des Gerichtspräsidenten, der nur, wenn sowohl die Forderung und soweit die Forderung klar, als wenn die Ansprüche der Gläubiger auf dingliches Pfandrecht an dem betreffenden Grundstück offenbar sind und keine gesetzlichen Hemmnisse (wie z. B. der hohe Rechtstrieb) im Wege sind (Z. II, 377), die Bewilligung ertheilt. Diese Prüfung erfordert nicht nothwendig, daß von dem Gerichtspräsidenten auch der Schuldner angehört werde, obwohl, wenn dieser anwesend und im Stande ist, sich zu äußern, er auch gewöhnlich vernommen werden wird. Aber es bleibt in allen Fällen dem Schuldner (beziehungsweise dem Grundeigenthümer) das Recht vorbehalten, sich bei der provisorischen Entscheidung durch den Gerichtspräsidenten oder durch die Rekursbehörde des Obergerichtes nicht zu beruhigen, sondern die Frage auf dem ordentlichen Prozeßverfahren entscheiden zu lassen. Inzwischen aber, bis durch Urtheil die Ungültigkeit des Pfandrechtes ausgesprochen und dasselbe in Folge dessen gelöscht wird, bleibt das provisorische Pfandrecht bestehen. — In den meisten Fällen der Art wird übrigens die provisorische Aufprotokollirung genügen, ohne Ausfertigung einer Pfandurkunde oder eines Schuldbriefs. Geschieht auch diese, so ist natürlich in der Urkunde selbst auf ihre provisorische Geltung aufmerksam zu machen und der erforderliche Vorbehalt beizufügen.

§ 337.

[788.] Ist zwar die Existenz und Qualität der Schuld, sowie die Verpflichtung des Schuldners zur Pfandbestellung im Allgemeinen klar, aber die Größe der Schuld zweifelhaft, so hat der Gerichtspräsident unter den obigen Voraussetzungen mit Bezug auf den wahrscheinlichen Betrag eine provisorische Versicherung durch das Grundbuch anzuordnen. In diesen Fällen bleibt überdies die gerichtliche Ermittlung des Betrages der Schuld vorbehalten.

1. Vgl. § 336, dessen Erweiterung dieser Paragraph ist. Z. B. A hat in dem Bauakkord mit dem Baumeister B diesem versprochen, er werde viertausend Gulden baar an denselben nach Maßgabe des fortschreitenden Baues bezahlen, den Rest der Bausumme aber durch einen Schuldbrief auf dem zu erbauenden Hause decken. B vollzieht den Bau und fordert nun noch zehntausend Gulden. Ueber das Maß der Forderung entsteht aber Streit zwischen A und B, indem A behauptet, mehrere Posten seien übersetzt. Inzwischen weigert sich A, bis zur Beendigung dieses Streites sein Haus verpfänden zu lassen, und B fürchtet alle Sicherheit zu verlieren, auf die er ein anerkanntes Recht hat. Hier kann der Gerichtspräsident nach vorläufiger, wenn auch nur oberflächlicher Prüfung sich überzeugen, daß B *mindestens* sechstausend Gulden zu fordern habe und dafür die provisorische — oder wenn der Schuldner einwilligt — die definitive Pfandbestellung anordnen, unter Vorbehalt der Rechte beider Theile. Oder ein Nutznießungskapital wird approximativ festgestellt. (Z. XIV, 38 Erw. 7.)

C. Fertigung und Rangordnung der Pfandrechte.

§ 338.

[792.] Ohne *Vorwissen des Eigenthümers* der Liegenschaft oder seines rechtmäßigen und beglaubigten Stellvertreters darf keine Eintragung eines Pfandrechtes vorgenommen werden.

1. Vgl. § 336, 1. In § 333 ist von Protokollirungen ohne Mitwirkung des Schuldners die Rede; sie sollen aber demnach immerhin nicht ohne sein Wissen geschehen, und das Gleiche gilt im Falle des § 336.

§ 339.

[793.] Die Frage, ob und wann die gegen den Eigenthümer angehobene *Schuldbetreibung* denselben des Rechtes beraube, sein Grundstück zu verpfänden, wird durch die Gesetzgebung über die Schuldbetreibung geregelt.

Eine derartige Beschränkung der Verfügungsfreiheit schließt weder die Entstehung der gesetzlichen Pfandrechte des § 332, noch die in § 333

erwähnten Aufprotokollirungen, noch endlich das Recht auf Bestellung einer Grundversicherung gemäß § 335 aus.

1. Vgl. § 119, 1. Nach § 113 des gegenwärtigen Rechtstriebsgesetzes kann der Eigenthümer, gegen welchen der hohe Rechtstrieb eingeleitet ist, sein Grundstück eben so wenig verpfänden wie veräußern.

2. Absatz 2 ist neu hinzugefügt, dient aber nur dazu, das bereits bestehende Recht klar zu stellen.

§ 340.

[790, 791.] Die Unterpfande müssen speziell aufgeführt werden. Bei Gebäuden ist die Nummer und der Werth derselben nach den Katastern der Brandassekuranzanstalt vorzumerken.

1. Die Spezialität dieses Pfandrechtes ist eine wesentliche Eigenschaft desselben und neben der Oeffentlichkeit die beste Garantie für dessen Sicherheit. Man muß aus dem Brief das Unterpfand erkennen. Es ist Pflicht der Landschreiber, dafür zu sorgen. Zu diesem Behuf wird die Lage und Art des Grundstücks und werden die Anstößer desselben bezeichnet. Es können freilich im Laufe der Zeiten Veränderungen mit dem Grundstück selbst vorgehen. Fürchtet der Pfandgläubiger, sein Brief könnte die Erkennbarkeit verlieren, so kann er unbedenklich die neueren Bezeichnungen nachtragen lassen.

§ 341.

[neu.] Die Wirksamkeit der gesetzlichen Pfandrechte richtet sich nach dem Momente der Entstehung der Forderung.

Dieselben gehen, auch wenn eine Aufprotokollirung erfolgt ist, allen übrigen gemäß § 334 bestellten Pfandrechten im Range vor; ihre gegenseitige Rangordnung unter sich bestimmt sich nach der Reihenfolge der in § 332 enthaltenen Aufzählung.

1. Der gesetzlichen Pfandrechte, s. § 332.

2. Gemäß § 334 bestellt, also notarialisch eingetragen.

3. Diese Rangordnung, wonach aus dem Erlöse der Liegenschaft, soweit er reicht, zu bezahlen sind:

a. vor Allem die Brandassekuranzprämie, dann
b. rückständige Grund- und Erblehenzinse bis auf drei, und die laufenden,
c. die Kosten feuerpolizeilicher Bauten,
d. Auslagen für Korrektion oder Unterhalt der Gewässer, zuletzt
e. Beiträge an den Rebfond

entspricht den Bestimmungen der zu § 332 angeführten Spezialgesetze.

Erst nachdem diese Posten, soweit sie im betreffenden Fall existieren, vollständig bezahlt sind, kommt die Reihe an den ersten Schuldbriefkreditor. Deßwegen nennt man diese gesetzlichen Pfandrechte privilegirte Pfandrechte.

§ 342.

[794.] Die Wirksamkeit der gemäß § 334 bestellten Pfandrechte und die Rangordnung derselben unter sich wird, insofern nicht die besser berechtigten Pfandgläubiger in eine Vorstellung des späteren Pfandrechtes einwilligen und dieselbe sowohl im Grundprotokolle als in ihren Pfandurkunden vorgenommen wird, nach dem Datum der Eintragung beurtheilt.

1. Vgl. § 120, 1. Regel ist: Die ältere Verpfändung geht der jüngern vor. Die Ausnahme bedarf besonderer Begründung, und es muß davon nicht bloß im Grundprotokoll, sondern ebenso in dem ältern Schuldbriefe Vormerkung gemacht werden. Anders verhält es sich, wenn ein jüngerer Schuldbrief nur an Stelle eines dem älteren vorgehenden tritt, s. §§ 373, 398.

Auch eine Verpfändung des Grundstücks für zwei Schuldposten im gleichen Rang („in gleichen Rechten") kann verabredet werden, s. § 344.

§ 343.

[795.] Das Datum der Eintragung in das Grundbuch wird durch das Datum bestimmt, unter welchem das fertige Rechtsgeschäft in das Journal aufgenommen worden ist.

Wenn der Schuldner in der Zwischenzeit zwischen der Aufnahme des Rechtsgeschäftes in das Journal und der wirklichen Eintragung in das Grundbuch in Konkurs geräth und der Mangel der Eintragung lediglich in der Zögerung des Notars seinen Grund hat, im Uebrigen aber das Verhältniß unverändert geblieben ist, so soll die Eintragung nachträglich vollzogen werden.

1. Vgl. § 120, 2. § 342. Ueber die in der Notariatskanzlei zu zahlenden Gebühren bestimmt das Gesetz vom 14. Dez. 1873 (Off. S. Bd. XVII, 333, § 26.) Sie betragen: Bei einer Schuldsumme von

1—500 Fr. 1 Fr.
501—5000 Fr. von je 100 Fr. über 500 je 10 Cts. dazu;
5001—15,000 Fr. von je 100 Fr. über 5000 je 15 Cts. dazu;
15001—50,000 Fr. von je 100 Fr. über 15,000 je 20 Cts. dazu;
über 50,000 Fr. von je 100 Fr. 25 Cts.;
bei bloßer Aufprotokollirung die Hälfte;
bei bloßem Transfix die Hälfte;
bei Transfix mit Pfandvermehrung drei Viertel;
bei bloßer Pfandvermehrung die Hälfte, berechnet nach dem Werthe des Grundstücks.

Dazu kommen die nicht bedeutenden Stempelgebühren.

§ 344.

[796.] Pfandrechte, welche gleichzeitig angelobt und unter dem nämlichen Datum eingetragen werden, stehen, wenn nicht ausdrücklich

etwas Anderes bestimmt wird, in gleichen Rechten. Davon ist jedoch im Protokolle und in den Pfandbriefen Erwähnung zu thun.

1. Z. B. A wird als Käufer eines Hauses, welches den zwei Brüdern B und C zu gleichen Theilen gehört hatte, einem jeden von diesen zehntausend Franken schuldig und läßt nun zwei Kaufschuldbriefe, die in gleichem Rechte stehen, unter demselben Datum für die beiden Gläubiger ausfertigen. Die Landschreiber sind verpflichtet, diese Gleichstellung in beiden Briefen vorzumerken, — denn natürlich wird die Sicherheit, die der eine Brief gewährt, durch das Pfandrecht des andern geschwächt. Würden die Briefe ausgefertigt ohne diese Bemerkung, und wären sie doch von Einem Tage datirt und auch keiner dem andern vorgestellt, so würden sie zwar immerhin einander gleichstehen und wechselseitig beschränken; aber der Landschreiber könnte, wenn der oder die Eigenthümer der Briefe, getäuscht durch jene Vergeßlichkeit, zu Schaden kämen, mit Regreß belangt werden. Ist aber einer der Briefe dem andern vorgestellt worden, wenn auch im Uebrigen beide von Einem Tage datirt sind, so geht der vorgestellte dem andern vor.

2. Das frühere Gesetzbuch enthielt hier ferner die Bestimmung: (§ 797) „Wer ein rechtliches Interesse daran glaubhaft machen kann, ist berechtigt, Einsicht der betreffenden Einträge im Grundprotokoll zu begehren. Ohne solches ist die Einsicht nur mit Zustimmung des Eigenthümers zu verstatten.“ Dies ist als schon in § 572 enthalten von der Redaktionskommission hier gestrichen worden.

D. Ausfertigung der Pfandurkunde.

§ 345.

[798.] Wenn die Vertragsparteien sich nicht über die bloße Aufprotokollirung vereinbart haben, noch auch das Gesetz bloße Aufprotokollirung vorschreibt, so soll für jede Verpfändung zu Handen des Berechtigten eine besondere notarialisch beglaubigte Urkunde, Schuldbrief, Versicherungsbrief, angefertigt und in dieser alle älteren auf dem Unterpfande haftenden, aus dem Grundbuche ersichtlichen Pfandrechte und andere dingliche Beschwerden vorgestellt werden.

1. Aufprotokollirung s. § 333, 2; bezüglich der Kanzleigebühren § 343, 1.

2. Vereinbart. Das geschieht am ehesten bei bloßen Kautionsbestellungen und bei Ausrichtungsverträgen. Auch eine Emission von Obligationen mit Immobiliarpfandrecht fand in dieser Form statt. (Z. XVI, 182.) Diese Aufprotokollirungen sind aber nur vorübergehend, s. § 348.

3. Das Gesetz, nämlich § 333.

4. Versicherungsbrief s. § 331, 1.

5. Dingliche Beschwerden, Dienstbarkeiten, Reallasten, Verabredungen nach § 399.

6. Ueber das Verfahren bei Errichtung und Löschung von Pfandurkunden hat das Obergericht, veranlaßt durch die bei verschiedenen verbrecherischen Notaren zu Tage

getretenen Mißbräuche, am 10. Dez. 1881 eine neue Verordnung mit viel schärferer Kontrolle als sie früher stattgefunden hatte, erlassen. (Off. S. Bd. XX, 327.)

§ 346.

[799.] Ueberzeugt sich der Notar, daß das Darlehen, für welches ein Schuldbrief gefertigt wird, noch nicht bezahlt ist, sondern erst gegen den Schuldbrief bezahlt werden soll, so darf er diesen ohne ausdrücklichen Auftrag des Schuldners dem Gläubiger nicht übergeben, bevor er sich über die geschehene Zahlung vergewissert hat. Er kann aber in einem solchen Falle den Schuldbrief dem Schuldner selbst zur Uebergabe an den Gläubiger zustellen.

1. Im Protokoll und im Schuldbrief wird das Darlehen, wofür das Pfandrecht bestellt wird, als bereits vollzogen vorausgesetzt, indem für die vorhandene Schuld Sicherheit gegeben wird. Da indessen gewöhnlich der Gläubiger die Summe nur gegen Versicherung hingeben wird, so ist sehr oft in dem Zeitpunkte der Eintragung des Pfandgeschäftes und der Ausfertigung des Schuldbriefes die Hingabe der Darlehenssumme noch nicht vollzogen. Dieselbe wird dann erst gegen den Brief gegeben. Daher bedarf es hier der Vorsicht von Seite des Landschreibers. Würde er ohne vorherige Hingabe der Darlehenssumme dem Gläubiger den Schuldbrief geben, so wäre der Schuldner gefährdet, denn der Gläubiger hätte für die Vollziehung des Darlehens beweisende Urkunde in der Hand und könnte nun unredlicher Weise die Forderung gegen ihn geltend machen. Der Schuldner aber müßte, um derselben zu widerstehen, die Nichtvollziehung, beziehungsweise die Unredlichkeit des Gläubigers beweisen, was nicht leicht ist. Ueberdem wenn ein solcher unredlicher Gläubiger, anstatt die Forderung persönlich zu betreiben, den Brief an einen redlichen Erwerber verkaufte, so müßte der Schuldner diesem die Forderung, trotzdem daß er den Nichtempfang der Darlehenssumme zu beweisen vermöchte, dennoch zahlen (§§ 347 und 390.) Umgekehrt ist es für den Gläubiger, der zuvor wirklich das Darlehen vollzogen hat, gefährlich, wenn der Schuldner den neugefertigten Schuldbrief empfängt; denn jener hat die Sicherheit nicht, die ihm gebührt. Ist daher die geschehene Vollziehung sicher — und das wird der Landschreiber bei der Anlobung erfahren —, so soll der Landschreiber den Brief dem Gläubiger, nicht dem Schuldner geben; im entgegengesetzten Fall, wenn es vorliegt, daß der Gläubiger erst gegen den Brief sein Geld auszahlen werde, soll der Landschreiber den Brief dem Gläubiger erst geben, wenn er sich über die Vollziehung des Darlehens vergewissert hat. Sehr oft geschieht das in der Weise, daß der Gläubiger die Darlehenssumme gegen Herausgabe des Titels an die Notariatskanzlei zu Handen des Schuldners zahlt. In dem letztern Fall k a n n auch der Landschreiber den Brief dem Schuldner anvertrauen, daß er ihn gegen das Geld bei dem Gläubiger umtausche.

2. Gewöhnlich wird aber in allen diesen Fällen dem Gläubiger nicht gleich der Schuldbrief selbst von der Notariatskanzlei ausgehändigt, weil diese Urkunde noch nicht ausgefertigt und besiegelt ist, sondern er erhält statt dessen nur ein Zeugniß der Kanzlei,

daß der Brief angelobt sei, sogen. Interimsschein, das er dann, wenn der Brief einmal fertig ist, in der Kanzlei gegen diesen austauschen kann. (Vgl. die in § 345, 6 erwähnte Verordnung § 5.)

§ 347.

[800.] Zu Gunsten des Gläubigers und dessen Erben begründet der ordnungsgemäß erworbene Besitz der Pfandurkunde zunächst die Vermuthung für die Wahrheit ihres Inhaltes; aber es kann dieselbe durch den Beweis der Einrede von Seite des Schuldners, daß kein wirkliches Schuldverhältniß bestehe, zerstört werden.

1. Vgl. § 346, 1, § 390; Z. I, 200. Der ordnungsmäßig erworbene Besitz. Man dachte dabei theils an die Fälle einer unrechtmäßigen Besitzergreifung — z. B. der Gläubiger nimmt den fertigen Schuldbrief dem Schuldner aus der Hand, bevor er diesem die ganze Summe vorgestreckt hat —, theils an die Fälle, wo zwar der Gläubiger nicht schon durch die Besitzergreifung ein Vergehen verübt hat, aber wo dennoch etwa der Landschreiber gegen die Vorschrift des § 346 ihm den Besitz des Schuldbriefs verschafft hat, während es offenbar war, daß er damals die Summe noch nicht dargeliehen hatte. Mit Rücksicht auf die letztere Möglichkeit wurde der Ausdruck „ordnungsgemäß erworbene" dem ebenfalls vorgeschlagenen der „rechtmäßige" Besitz vorgezogen. In Fällen der Art wird die Vermuthung für die Wahrheit des Inhalts der Urkunde gegenüber dem ersten Gläubiger und seinen Erben gehemmt und der Richter darf je nach den Umständen weitere Beweise vom Ansprecher fordern, während bei ordnungsmäßigem Besitzerwerb der Schuldner beweispflichtig ist. (B. XIV, 309; Z. IX, 286, Nro. 46; XI, 314, Erw. 4.) Die Vermuthung spricht für den ordnungsmäßigen Erwerb. (B. XV, 155, Nro. 30; Z. XI, 313, Erw. 3.)

§ 348.

[801]. Bloß aufprotokollirte Grundversicherungen sind, wenn eine jüngere Verpfändung bestellt und dafür eine Urkunde ausgefertigt wird, entweder zu löschen oder es ist dafür auf Begehren des Gläubigers, dem von diesem Falle Kenntniß gegeben werden soll, nachträglich ebenfalls eine Urkunde auszufertigen.

Ausgenommen hievon sind die in § 333 und § 335 lit. d erwähnten Fälle.

1. Absatz 2 ist neu hinzugefügt, aber schon in den zu § 332 und § 335 angeführten Spezialgesetzen (Korrektionsges. § 29, Abs. 2, Gesetz über Abänderung des Gesetzes betr. Maßnahmen gegen die Reblaus § 21, Berieselungsgesetz § 37, Abs. 2) enthalten. Die vom Gesetze selbst für bestimmte Fälle angeordneten Aufprotokollirungen können ohne Gefahr bestehen bleiben. Die übrigen eignen sich nach Bluntschli nur

für vorübergehende Schuldverhältnisse; das Stadt- und Landrecht Th. X, § 42 ließ sie in manchen Fällen nach zwei Jahren sogar von selbst ihre Kraft verlieren, aber das hatte Rechtsunsicherheit zur Folge und wurde darum schon 1854 beseitigt.

§ 349.

[neu.] Der Schuldner eines Kreditversicherungsbriefes ist jederzeit berechtigt, zu verlangen, daß derselbe auf seine Kosten in einen eigentlichen Schuldbrief (§ 330) umgewandelt werde. Bestehen jedoch nachgehende Pfandrechte, so darf die Umwandlung ohne Zustimmung der nachgehenden Gläubiger nur dann vorgenommen werden, wenn der Betrag des Schuldbriefes mindestens zwanzig Prozent unter dem bisherigen Maximalbetrage des Kreditversicherungsbriefes bleibt.

1. Die §§ 349, 362 und 387 sind wie der Bericht der regierungsräthlichen Kommission und danach die Weisung an das Volk sagen, auf Anregung des Obergerichtes hin, an der Hand der bestehenden Praxis und in Ergänzung derselben aufgenommen worden. Es hatte nämlich der Notar der Stadt Zürich, Karrer, in einer Eingabe das Obergericht darauf aufmerksam gemacht, daß in Zürich und Ausgemeinden der Kreditversicherungsbrief immer häufiger werde, und namentlich bei Bauunternehmern beliebt sei, weil er ihnen ermögliche, Sicherheit zu bestellen für eine Summe, die erst nach und nach und vielleicht nie ganz in Anspruch genommen werde, und dem Kreditor den Beweis des Betrages der Forderung zuweise. So werde zuerst das Geld für Neubauten nach Maßgabe ihres Fortschreitens beschafft; dann aber suche man an Stelle dessen ein festes Schuldverhältniß zu setzen, weil dessen Bestimmungen dem Schuldner günstiger zu sein pflegen als diejenigen der Kreditversicherung. Man habe sich dadurch gewöhnt, Kreditbriefe wie Schuldbriefe zu behandeln; gewisse Banken haben sich sogar ausschließlich Kredtbriefe errichten lassen, auch für einfache Darlehen. Auch die Ueberbindung der Kreditbriefe habe Schwierigkeiten gemacht s. §§ 362 und 387. Da, wie er sagte, diese Briefe von den Notaren verschieden behandelt werden, fragte er an, ob er einem Begehren um Umwandlung eines Kreditbriefes in einen Schuldbrief, das gewöhnlich nicht von den ursprünglichen Kontrahenten gestellt werde, einfach zu entsprechen habe. Das Gericht bejahte die Frage und erklärte, daß eine einfache Tenoränderung im Schuldinstrumente und im Grundprotokoll hiezu genüge. Zugleich aber machte es auch der regierungsräthlichen Kommission hievon Mittheilung, indem es dafür hielt, daß bei der Wichtigkeit der Sache eine gesetzgeberische Beantwortung der gestellten Fragen am Platze sein dürfte, und die Kommission ging sofort darauf ein. (Vgl. OG. 1860, p. 20.)

2. Zwanzig Prozent unter dem Maximalbetrage. Das Obergericht hatte schon früher (Z. VIII, 458) ausgesprochen, daß die Schuldsumme des Schuldbriefes um so viel hinter derjenigen der Kreditversicherung zurückbleiben müsse, weil beim Schuldbriefe die Pfänder noch für drei Zinse und den laufenden haften und bei längerer Dauer des Konkurses auch noch mehr Zinsen dazu kommen können (§ 384), während beim Kreditversicherungsbrief die Pfänder niemals über die in der Urkunde bezeichnete Summe hinaus in Anspruch genommen werden dürfen.

§ 350.

[802]. Die Ausfertigung einer neuen Pfandurkunde an Stelle einer verloren gegangenen darf nur mit gerichtlicher Bewilligung nach vorheriger Amortisation der vermißten Urkunde geschehen.

1. Pfandurkunde. Dieser Ausdruck begreift sowohl den eigentlichen Schuldbrief (§ 330) als auch den Versicherungsbrief (§ 331) in sich.

2. Bei dem großen Werth, den die Schuldbriefe für den Verkehr haben, ist nur mit Vorsicht die Amortisation verloren gegangener (oder gestohlener oder zerstörter, z. B. verbrannter) Schuldbriefe zu bewilligen. Das Bedürfniß derselben aber ist da und fordert Beachtung. Es muß daher sicher sein, daß der zu Verlust gekommene Besitzer wirklich rechtmäßigen Besitz gehabt habe, und mindestens wahrscheinlich sein, daß er denselben verloren, nicht etwa an einen andern übertragen habe, oder daß, wenn er einem andern den Schuldbrief anvertraut hatte, dieser ihn verloren habe. Ueber das Verfahren sowohl bei dieser Amortisation, als auch bei der sogen. Exemplifikation (§ 351) siehe Gesetz betr. die Rechtspflege § 108, Ziff. 6 und 7. Verordnung des Obergerichts vom 14. Mai 1840 (Off. S. Bd. VI, p. 163.). Es hat für die Amortisation ein öffentlicher Aufruf stattzufinden, für die bloße Exemplifikation, d. h. die neue Ausfertigung vorhandener aber schadhafter Urkunden (§ 351) nicht.

§ 351.

[803.] Ebenso ist für die Ausfertigung einer neuen Pfandurkunde an Stelle einer noch vorhandenen, aber schadhaften die gerichtliche Bewilligung erforderlich.

S. § 350, 2; Z. VIII, 99, Nro. 70.

Zweites Kapitel.

Wirkung des Pfandrechtes.

A. Gegenstand.

§ 352.

[804, 805]. Das Pfandrecht erstreckt sich auf die ganze Sache und was damit dauernd verbunden ist, das Pfandrecht an dem Boden somit auch auf das Gebäude, welches auf demselben errichtet wird, ebenso auf die Zubehörde.

Bezüglich der Haftung der Zubehörde eines Grundstückes sind die §§ 50 bis 57 maßgebend.

1. Gebäude. Wenn daher auf einem bisher unbebauten Boden ein Haus gebaut wird, so gewinnen die darauf früher versicherten Pfandgläubiger an Sicherheit, ungeachtet in ihren Schuldbriefen von dem Hause keine Rede ist, und sie sind nicht gehindert nachträglich von der Wertherhöhung des Unterpfandes durch den Bau Vormerkung, freilich auf ihre Kosten, nehmen zu lassen. Denn es wird dadurch nur der wirkliche Thatbestand und das bestehende Rechtsverhältniß bezeugt, gerade so, wie bei baulichen Verbesserungen eines Hauses die Assekuranzsumme steigt und auch in ihrem Mehrbetrag zur Sicherheit der ältern, auf das baufällige Haus versicherten Pfandgläubiger dient. (Z. IV, 78, 184, 209.)

2. Zu Absatz 2. Das frühere Gesetz anerkannte allgemein das Immobiliarpfandrecht an der Zubehörde, auch wenn sie nicht speziell verpfändet war, ließ ihm aber in diesem Falle ein späteres spezielles Mobiliarpfandrecht vorgehen. Nach § 55 ist nunmehr für die Gültigkeit des Immobiliarpfandrechtes an vertraglichen Zubehörden immer die Spezifikation nothwendig; und die gesetzlichen Zubehörden des § 50 haften nach § 54 von selbst für die grundversicherten Schulden, so lange — und nur so lange — sie Zubehörden sind, und können während dieser Zeit nicht Gegenstand des Mobiliarpfandrechtes sein. Sobald sie hiezu gemacht werden, sind sie nicht mehr Zubehörden des Grundstücks und haften also gar nicht mehr für die auf diesem versicherten Schulden. Die Frage der Pfandschaft von Zubehörden dürfte damit erheblich vereinfacht sein. Der vom schweiz. OR. Art. 211 vorgesehene Konflikt, in welchem eine Sache, die als Zubehörde eines Grundstücks mit einem Immobiliarpfandrechte belastet, zugleich aber auch für eine andere Forderung zu Faustpfand gegeben ist, wobei das letztere Pfandrecht vorgeht, sofern nicht der Faustpfandgläubiger bei der Verpfändung das Immobiliarpfandrecht gekannt hat, oder nach den Umständen hätte kennen sollen, kann also nach zürcherischem Rechte hinfort gar nicht mehr eintreten.

3. Das Pfandrecht an einer Waldung begreift auch das am Holze in sich, so lange dieses mit dem Boden zusammenhängt. Ob aber mit der Trennung der Stämme vom Boden das Pfandrecht an jenen untergehe oder nicht, das hat das Obergericht anfänglich bezweifelt (B. VI, 271, Erw. 5.). Später hat es die Frage bejaht und hinzugefügt, wenn sich im Schuldbriefe der Grundeigenthümer verpflichtet habe, nicht ohne Zustimmung des Kreditors abzuholzen, und das doch thue, so entstehe daraus nur eine persönliche Forderung des Kreditors, nicht etwa Pfandrecht an den gefällten Stämmen. (B. XIV, 73.) Allein noch später erklärte es im Gegentheil, die Trennung der Stämme vom Boden habe, soweit dieselben nicht bereits durch Tradition in das Eigenthum eines gutgläubigen Dritten übergegangen seien, nicht den Untergang des Pfandrechtes bewirken können. (Z. XVIII, 75, Erw. 4.) Das Richtige dürfte aber doch die in B. XIV, 73 ausgesprochene Ansicht sein.

§ 353.

[806.] Wird ein versichertes Gebäude durch Brand zerstört oder beschädigt, so darf dem Eigenthümer die Entschädigung der Assekuranzanstalt nur mit Zustimmung der versicherten Gläubiger verabreicht werden. Will derselbe auf dem mit dem Gebäude verpfändeten Grundstücke wieder bauen, so dürfen die Pfandgläubiger ihn nicht daran hindern, daß er die Assekuranzvergütung zu dieser Baute verwende.

Erklärt der Eigenthümer, daß er die Assekuranzvergütung nicht für einen neuen Bau verwenden, sondern an seine Pfandgläubiger abtreten wolle, so sind diese verpflichtet, den Betrag anzunehmen und an ihrem Kapitale abschreiben, sowie das Gebäude in den Pfandbriefen als abgebrannt bezeichnen zu lassen.

Der Anspruch der Gläubiger auf die Assekuranzvergütung wird, wenn sie sich nicht anders verständigt haben, durch die Rangordnung ihrer Pfandrechte bestimmt.

1. Pfandbriefe s. § 331, 1. Der Paragraph hat seinen Ursprung in § 44 des Assekuranzgesetzes vom 29. Sept. 1840 (Off. S. Bd. VI, 60).

2. Der alte § 806 enthielt am Schlusse des ersten Absatzes den Zusatz: „Sie können aber fordern, daß die Vergütungssumme nicht unmittelbar dem Schuldner, sondern nur unter Aufsicht und Sorge für gehörige Verwendung durch den Gemeindrath diesem übergeben werde." Dieser Satz ist durch das Gesetz betr. die Brandversicherungsanstalt vom 17. August 1885 (Off. S. Bd. XXI, 205, § 72) ausdrücklich aufgehoben worden, darum wurde er gestrichen. An dessen Stelle sind die §§ 63 und 64 des citirten Gesetzes getreten, wonach, wenn das Gebäude verpfändet war, die Polizeidirektion die Auszahlung der Assekuranzsumme nach Maßgabe des Fortschreitens der Bauarbeiten verfügt.

3. Absatz 2 entspricht dem § 65 des citirten Gesetzes, welcher noch hinzufügt: „In diesem Falle hat die zuständige Notariatskanzlei die erforderliche Liquidation durchzuführen und für die nöthigen Abschreibungen und Ledigungen zu sorgen."

4. Auch wenn der Brandbeschädigte nur Einzinser ist, kann der Gläubiger, im Falle des Absatz 2, die Assekuranzsumme doch bis auf den vollen Betrag seines Schuldbriefes in Anspruch nehmen. (Z. III, 422.)

§ 354.

[807.] Im Falle einer Zwangsabtretung finden die Gesetze betreffend die Abtretung von Privatrechten Anwendung.

1. Gesetz betr. die Abtretung von Privatrechten s. § 117, 4.

Das kantonale Gesetz sagt in

§ 55. „Falls die an einen Abtretungspflichtigen zu leistende Entschädigung im Ganzen den Betrag von 50 Fr. übersteigt, so erfolgt deren Bezahlung durch Vermittlung der Notariatskanzlei, in deren Kreis das betreffende Grundstück liegt. Diese hat dafür zu sorgen, daß den Inhabern von Pfandrechten, Grundzinsen oder andern dinglichen Rechten das Betreffniß für ihre Ansprüche zukomme und daß die daherige Ledigung des Abtretungsgegenstandes in die bezüglichen Titel eingetragen werde."

Das Bundesgesetz bestimmt in

Art. 43, Abs. 2: Die Kantonsregierung „hat dafür zu sorgen, daß, wo es sich um Entschädigung für abgetretenes Eigenthum handelt, den Inhabern darauf

lastender dinglicher Rechte, wie z. B. von Pfandrechten, Grundzinsen u. s. w. für ihre Ansprüche ihr Betreffniß zukomme, und daß die daherige Ledigung des Abtretungsgegenstandes in die betreffenden Titel eingetragen werde."

2. Die Beschränkung auf 50 Fr. stand schon im Sachenrecht von 1854. Sie soll eine allzu kleinliche Verhandlung über eine Abtretung von geringerem Werthe abschneiden. Minima non curat prætor; und im Verhältniß zu Grundversicherungen ist eine Abtretung von weniger als fünfzig Franken zu geringfügig, um solche Beachtung anzusprechen.

3. Obiger § 55 gilt auch in den Fällen, wo die Abtretung im Interesse einer Privatperson, z. B. zum Behuf einer Wasserleitung, gefordert worden ist. (Z. XXIII. 57). Vgl. Flurgesetz § 48 (Off. S. Bd. XII, 676).

4. Ein Gläubiger hatte verschiedene Kapitalforderungen, für welche dasselbe Grundstück behaftet war, und verlangte nun, daß die Entschädigungssumme an die spätere zu 3 Prozent verzinsliche, nicht an die ältere zu 5 Prozent verzinsliche Post bezahlt werde. Sein Begehren wurde gutgeheißen. (Z. I, 392.)

§ 355.

[808.] Wenn der Werth des Unterpfandes durch Vernachlässigung oder Verschlimmerung der Sache in erheblichem Maße vermindert oder gefährdet wird, so kann der Pfandgläubiger auch vor der Verfallzeit der Forderung Bezahlung fordern oder auf gerichtlichem Wege verlangen, daß solche schädliche Einwirkung gehemmt werde.

Das Recht zu diesem gerichtlichen Begehren steht auch dem Miteinzinser zu.

1. Der alte § 808 begann: „Wenn der Schuldner durch Vernachlässigung oder Verschlimmerung der Sache den Werth des Unterpfandes in erheblichem Maße vermindert oder gefährdet", und Bluntschli erklärte im Kommentar, daß nur eine Verschuldung des Eigenthümers der Unterpfande dem Pfandgläubiger ein Recht zur Klage gebe, nicht aber der Zufall, z. B. ein Brandunglück, dieser treffe eben den Pfandgläubiger wie den Eigenthümer. In der regierungsräthlichen Kommission ist zunächst bemerkt worden, daß es statt „wenn der Schuldner" heißen sollte „wenn der Pfandbesitzer"; dann aber wurde überhaupt nicht mehr auf eine Schuld abgestellt, vielmehr gesagt, daß dem Kreditor das Recht dieses Paragraphen gegeben werden solle, auch wenn ein Miether das Pfand verschlechtet habe. Immerhin muß der Schaden erheblich, nicht bloß vorübergehend, und nicht schon bei der Belehnung vom Kreditor vorgesehen sein. (Z. XVI, 177.)

2. Auf gerichtlichem Wege. Früher hieß es „durch das Gericht"; es soll aber auch durch den Einzelrichter Abhülfe geschafft werden können.

3. Absatz 2 ist neu hinzugefügt an der Hand der Gerichtspraxis (B. VII, 115; VIII, 247, 341.) Es ist billig, auch dem Miteinzinser dieses Recht zu geben, da er ja für die auf dem vernachlässigten Grundstück versicherte Rate haftbar ist.

4. In der kantonsräthlichen Kommission wurde beantragt, dieses Recht auch Demjenigen zu geben, welcher ein Faustpfandrecht an der Schuldurkunde habe. Es

wurde erwiedert, daß die Frage, inwiefern der Kreditor, welchem ein Werthpapier verpfändet sei, die Rechte desselben geltend machen könne, nicht hier zu erledigen, überhaupt nicht im Einzelnen gesetzlich zu entscheiden sei. In der That kann nicht bezweifelt werden, daß auch ein solcher Faustpfandgläubiger die Rechte dieses Paragraphen für den Schuldbrief geltend machen kann. So auch OG. 1885 Nro. 13.

5. Nach dem Gesetz über die Vereinigung der Grundprotokolle vom 20. April 1854 § 21 (Off. S. Bd. IX, 465) steht ein dießfälliges Kündigungsrecht auch der Kommission der Garanten zu.

6. Vernachlässigung. Hierunter fällt hauptsächlich ein forstwirthschaftswidriger Holzabschlag (U. 1193; Z. XVIII, 73; XX, 231); ferner Abreißen eines wenn auch baufälligen so doch nicht Einsturz drohenden Gebäudes (B. II, 455, Nro. 67), Brechen von Steinen (B. XVII, 46), dagegen nicht die bloße Unterlassung der Anpflanzung. (Z. XVIII, 75.)

7. Unter Verschlimmerung fällt, wie in der kantonsräthlichen Kommission gesagt wurde, auch die Verschlechterung der rechtlichen Lage des Grundstückes, z. B. der Eigenthümer legt eine Grunddienstbarkeit auf dasselbe (s. § 356, 2) oder er macht von dem Rechte der Inhibition gegen eine schädigende Baute eines Nachbars keinen Gebrauch.

8. Vor der Verfallzeit; ob sofort, oder nach Kündigung, oder in Terminen, ist Sache richterlicher Entscheidung. (Z. XVI, 177.)

9. Das Obergericht hat in einem Fall für die Anwendung des Paragraphen verlangt, daß die Sicherheit des Kapitals gefährdet werde (Z. XVIII, 75, vgl. XX. 231), während es in einem andern wohl richtiger erklärte, dem Kreditor sei ein Pfand von bestimmtem Werthe gegeben worden, und er habe ein Recht darauf, daß dieser Werth nicht geschmälert werde, möge er nun besser oder schlechter damit gedeckt sein. (Z. XVI, 177.)

§ 356.

[809.] Das Pfandrecht haftet an dem verpfändeten Gute und seinen Bestandtheilen, auch wenn dasselbe ganz oder theilweise auf einen dritten Besitzer übergegangen ist.

1. Das Pfandrecht findet dingliche Sicherheit an der verpfändeten Liegenschaft und bleibt daher in voller Kraft fortbestehen, auch wenn die Eigenthümer wechseln. Bei der Ausbildung unsers Institutes der Schuldbriefe hat dasselbe sogar die Neigung und die Kraft, das Schuldverhältniß selbst nach sich zu ziehen. (Vgl. zu §§ 357, 361, 364.)

2. In der Kommission von 1854 wurde der Wunsch geäußert, daß noch eine Bestimmung aufgenommen werde über das Verhältniß des Pfandrechts zu den Dienstbarkeiten, welche später auf das verpfändete Grundstück gelegt werden. Es wurde jedoch beschlossen, über diesen schwierigen Gegenstand nichts zu bestimmen, zumal von bisherigen Streitigkeiten der Art nichts bekannt geworden sei. In den Fällen, wo in der Bestellung der neuen Servitut eine partielle Veräußerung liegt, findet wohl die allgemeine Regel Anwendung, daß im Konflikte dinglicher Rechte das ältere

dem jüngern vorgehe. So z. B. wird das später entstandene Nießbrauchsrecht kein Hinderniß sein gegenüber der Realisirung des ältern Pfandrechts, d. h. diese ohne Rücksicht auf jenes durchgeführt werden. Anders aber ist es, wo die neu entstandene Dienstbarkeit gewissermaßen eine Veränderung in dem Bestande des dienenden Grundstücks hervorbringt, z. B. wenn eine Wasserleitung errichtet oder ein Wegrecht eingeräumt worden. Da wirkt dieselbe auf das Pfandrecht nur insofern, als darin eine Werthverminderung des Grundstückes liegt, ähnlich wie wenn durch Vernachlässigung der Sache die Sicherheit, welche dieselbe darbietet, gefährdet wird. Es tritt dann die Bestimmung des § 355 schützend ein (s. § 355, 6), aber es kann nicht später bei der Realisirung des Pfandrechts die Servitut wie nicht vorhanden betrachtet werden.

B. Geschreiung.

§ 357.

[810.] Wenn dem dritten Besitzer die Schuld weder ganz noch theilweise zur Bezahlung angewiesen, sondern gar nicht oder nur in Form eines Anhanges angezeigt worden, oder wenn sonst der Eigenthümer des Unterpfandes nicht zugleich Schuldner ist, so hat derselbe als Geschreiter im Konkurse des Schuldners die Wahl, ob er die Schuld, für welche das in seinem Besitze befindliche Grundstück als Pfand haftet, übernehmen und bezahlen (ziehen) oder ob er dasselbe dem Gläubiger überlassen (fliehen) wolle.

Sind mehrere Geschreite für dieselbe Schuld vorhanden, so entscheidet über das Verhältniß ihrer Betheiligung bei dem Zuge der Werth, welchen ihre verpfändeten Grundstücke zur Zeit der Geschreiung haben.

1. Die sogenannte Geschreiung (vgl. Bluntschli Rechtsgesch. IV, § 41) setzt die vollständige Trennung der Person des persönlich verbundenen Schuldners und des dinglich verbundenen Pfandbesitzers voraus; eine Trennung, welche bei der Gült nicht möglich ist (§ 322). Die Gesetzgebung wirkt vorzüglich durch die Bestimmungen der §§ 361 ff. dem Uebelstand entgegen, der sich aus den ältern sogenannten „falschen Verstoßungen", der trüben Quelle zahlreicher Geschreiungsverhältnisse ergeben hat, d. h. sie sucht zu verhüten, daß bei Veräußerung von Grundstücken und den Theilen derselben jene Trennung vorgenommen werde. Vgl. obergerichtliche Verordnung betr. die Behandlung von Einzinsereien im Konkurse und von Geschreiungen vom 1. Febr. 1879. (Off. S. Bd. XX, 35, §§ 10 u. ff.)

2. Gar nicht angezeigt. In diesem Falle wird der Landschreiber immer dem neuen Erwerber des Grundstücks verantwortlich, indem er verpflichtet war, die auf dem Gute haftenden Pfandrechte anzuzeigen und diese Pflicht nicht erfüllt hat. Inzwischen kommt der neue Eigenthümer, dem die Schuld nicht angewiesen worden, in die gefährliche Lage eines Geschreiten.

3. In Form eines Anhanges. Diese Fälle sind häufiger, besonders in alten Schuldbriefen. Da ist zwar das Vorhandensein einer auf dem veräußerten

Grundstück versicherten Schuld angezeigt, aber dieselbe dem Erwerber weder ganz noch theilweise als Schuld überwiesen. Die Gefahr, in welche der Erwerber geräth, ist dann eine ähnliche, wie die des Bürgen, der das Bürgen riskirt, ja sie ist noch eine größere, weil noch leichter der Eigenthümer sich in der Meinung beruhigt, daß ein anderer Schuldner für die Schuld des Anhangs einstehe und zugleich genügende Sicherheit dafür gewähre, dann aber im Konkurse dieses Schuldners durch die Geschreiung ganz unversehens von der Forderung überrascht wird, die Schuld nun zu zahlen oder sein Grundstück fahren zu lassen.

4. Mehrere Geschreite. Vgl. § 358.

5. Die in Ziff. 1 erwähnten falschen Verstoßungen und die daraus entstandenen Anhänge in den Schuldbriefen werden beseitigt durch die Bereinigung des Grundprotokolls s. Gesetz über die Bereinigung vom 20. April 1854 (Off. S. Bd. IX, 465, Bd. XII, 385). Insbesondere bestimmt die obergerichtliche Verordnung dazu vom 28. Juni 1855 (Off. S. Bd. X, 331) in § 1, b:

„Die gänzliche Bereinigung eines Grundprotokolls erfordert die Ablösung aller Schulden, deren Pfandnexus in den Eigenthumsbesitz dritter Personen eingreift."

Eine solche Schuld kann nämlich auf 6 Monate gekündigt werden, auch wenn sonst nach dem Inhalte der Schuldurkunde die Kündigung nicht zulässig wäre. (§ 14 des Gesetzes.)

6. Und bezahlen. Der Geschreite kann dafür die gehörige Kündigungsfrist verlangen. (Z. XIII, 275.)

7. So lange der zu Geschreiende im Konkurs ist und die betreffenden Grundstücke nicht einem Käufer zugeschlagen sind, kann das Geschreiungsverfahren nicht angewendet werden. (Z. XV, 46.)

8. Dies ist die Eigenthumsgeschreiung, vgl. § 359, 3.

9. Der alte § 811 bestimmte: „Ist der Schuldner oder sein Aufenthaltsort unbekannt oder wohnt er nicht im Kanton, so kann der Gläubiger sein Recht unmittelbar gegen die Geschreiten geltend machen." Hiegegen wurde in der regierungsräthlichen Kommission bemerkt, als man diesen Satz aufgestellt habe, sei es noch schwieriger gewesen, Auswärtige zu belangen, darum habe man den Kreditor ein so exorbitantes Recht gegeben, das besonders hart sei, wo die Pfänder unter Schuldner und Geschreiten getheilt seien. Der Grundsatz sei doch sonst, daß zunächst der Schuldner zu belangen sei, und nur wenn er nicht erfülle, man auf den dritten Pfandeigenthümer greife. Nach § 12 der in Ziff. 1 citirten obergerichtlichen Verordnung sei vielmehr der Gerichtspräsident um eine Bewilligung zur Versilberung der Pfänder anzugehen, das stehe im Widerspruch zu § 812; zudem werde ja wohl demnächst ein Bundesgesetz die Frage ordnen. Daraufhin wurde der Paragraph gestrichen.

§ 358.

[812.] Wenn der Geschreite zieht, so kann er die Forderungs- und Pfandrechte des Gläubigers geltend machen, soweit nicht die Rücksicht auf seine Mitgeschreiten (§ 357) eine Beschränkung nöthig macht.

1. Zieht der Geschreite, d. h. bezahlt er die Schuld an den grundversicherten Gläubiger, so tritt er zunächst in dessen persönliche und dingliche Rechte ein,

ähnlich einem Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat. (Z. III, 259 Erw. 1; XVIII, 436 Erw. 4 f.; § 360.) Er kann also gegen die Bezahlung der Kapitalschuld — sammt den ausstehenden grundversicherten Zinsen (§ 384) — die Abtretung des unversehrten Schuldbriefs verlangen und nun von dem eigentlichen Schuldner Bezahlung, beziehungsweise Ersatz seiner Verwendung, fordern, auch auf die übrigen in dem Schuldbrief verpfändeten Grundstücke in derselben Rangordnung greifen, wie der frühere Gläubiger es gekonnt.

2. Diese Regel findet aber ihre Grenze in den Rechten anderer Mitgeschreiten und in dem Verhältniß des einen zu den übrigen (§ 357). Z. B. Auf dem Gute des A wurde zu Gunsten des B eine Forderung von tausend Franken versichert. Später wurde das Gut unter die drei Erben des A vertheilt, und zwar so, daß dem C fünfhundert Franken und dem D fünfhundert Franken angewiesen, dem E aber in Form eines Anhangs die versicherte Post angezeigt wurde. Das Grundstück des E wurde im Verfolg unter F, G und H so vertheilt, daß F die Hälfte davon, G und H jeder ein Viertheil des Grundstücks zu Eigenthum erhielt. Der Schuldbrief des B blieb ungetheilt und gelangte an den J. Da nun J von den Einzinsern C und D für die aufgekündigte Post keine Bezahlung erhalten und dieselben zum Konkurse getrieben hatte, wandte er sich an den Geschreiten G, der die Schuld übernahm, den J bezahlte und sich den Schuldbrief abtreten ließ. G kann nun wohl gegen die Einzinser C und D die Forderung geltend machen und auf deren Grundstücke greifen, aber nicht ebenso auf die Grundstücke der Mitgeschreiten F und H, die ja mit ihm als Geschreite gleiche Rechte und gleiche Pflichten haben. Vielmehr muß er diesen, wenn er sie in Mitleidenschaft ziehen will, gestatten, daß sie nach Verhältniß des Werthes ihrer verpfändeten Grundstücke an der Zahlung und ebenso an dem Zuge der Güter des C und des D Theil nehmen. F wird also zur Hälfte betheiligt, G selbst schließlich und H jeder nur zu einem Viertheil. Würde H es vorziehen, „zu fliehen" und wäre sein Grundstück nicht weiter verpfändet (§ 359), so würden sich die Theile von F und G zu zwei Drittheilen und einem Drittheil steigern.

§ 359.

[813.] Wenn dagegen der Geschreite flieht, so haben die auf seinem Grundstücke nachgehend versicherten Pfandgläubiger, und zwar zunächst je der jüngste das Recht, für ihn einzutreten, und die Wahl, ob sie das geschreite Grundstück sammt den darauf haftenden Schulden übernehmen (ziehen) oder unbeschadet ihrer Forderung an den bisherigen Schuldner auf ihr Pfandrecht daran verzichten (fliehen) wollen.

1. Der Geschreite flieht, d. h. er tritt das verpfändete Grundstück an den Gläubiger ab. Da er nicht persönlicher Schuldner jenes Gläubigers war, sondern nur als Eigenthümer des Unterpfandes belangt werden konnte, so wird er nun von jeder Verbindlichkeit gegen jenen frei. (M. XII, 207.)

2. Nachgehend versicherten Pfandgläubiger. Diese sind ebenfalls betheiligt bei der Abtretung des auch ihnen verpfändeten Grundstücks durch den fliehenden Geschreiten. Sie verlieren zwar nicht ihren Schuldner, der persönlich ihnen verhaftet bleibt (M. I, 164), aber sie verlieren die Sicherheit, die ihnen das abgetretene Grundstück gewährt hat; denn der ältere Pfandgläubiger, welcher die Geschreiung vorgenommen

und damit sein Pfandrecht realisirt hat, wird durch das später entstandene Pfandrecht nicht belastet. Insoweit aber diese spätern Pfandgläubiger bei der Geschreiung ihres Schuldners betheiligt sind, haben sie ein Recht, ihr Pfandrecht dadurch vor dem Untergange zu retten, daß sie — anstatt des fliehenden Geschreiten, ihres Schuldners — ziehen, d. h. an dessen Stelle jenen geschreienden Gläubiger befriedigen und die Unterpfande übernehmen. Sie haben das Recht, aber nicht die Pflicht. Auch ihnen wird die Wahl zwischen „ziehen" und „fliehen" eröffnet. „Fliehen" heißt aber für sie, ihr Pfandrecht an dem Grundstück fahren lassen, das an den ältern Gläubiger übergeht.

3. Dieser Fall wird als Pfandgeschreiung im Gegensatz zu der Eigenthumsgeschreiung des § 357 bezeichnet. (Z. XVIII, 435 Erw. 3.)

§ 360.

[814.] Dem Geschreiten bleibt der Rückgriff gegen den eigentlichen Schuldner vorbehalten für den Schaden, welchen er durch die Geschreiung erlitten hat.

Vgl. § 358.

C. Anweisung der Schulden. Einzinserei.

§ 361.

[815.] Wird das Eigenthum eines Grundstückes, worauf Schulden versichert sind, ungetheilt auf einen neuen Erwerber übertragen, so ist dieser verpflichtet, mit der verpfändeten Sache auch die darauf haftenden Schulden zu übernehmen.

Diese Verpflichtung gilt für eigentliche Schuldbriefe (§ 330) ohne Beschränkung, für andere Grundversicherungen (§ 331), soweit die Natur des Rechtsverhältnisses es zuläßt.

Ausgenommen hievon ist der Fall der Zwangsabtretung.

1. Dieser wichtige Grundsatz soll verhüten, daß die dem Institute des Schuldbriefs besonders zusagende, aber auch bei andern Grundversicherungen wünschbare Verbindung der Schuld mit dem Pfand in der Person des Schuldners und Pfandeigenthümers durch eine spätere Trennung aufgehoben werde. Der neue Erwerber wird geradezu zur Uebernahme der Schuld verpflichtet. Er kann sich also nicht weigern, in die Fußstapfen des frühern Schuldners einzutreten, und der Gläubiger hat das Recht, ihn als neuen Schuldner zu behandeln. Wir haben hier einen eigenthümlichen Uebergang der Schuld, der sich für den Nachfolger in dem verpfändeten Grundstück von Rechtes wegen ergibt, sobald der Gläubiger ihn als Schuldner anerkennen will. Dieser Grundsatz ist allerdings, sagt Bluntschli, erst in neuerer Zeit in dieser Form in das zürcherische Recht aufgenommen worden; aber schon zuvor hatte sich längst der andere ausgebildet, daß der neue Erwerber auch gegenüber dem Gläubiger zur Uebernahme der Schuld verpflichtet sei, wenn ihm der frühere Eigenthümer

die Schuld vertragsmäßig überbunden habe; ein Gedanke, der zwar dem römischen Obligationenrecht fremd, der modernen Entwicklung des Kredits aber ganz gemäß ist.

2. Eigentliche Schuldbriefe. Die Einseitigkeit der Geldforderung macht eine strenge Durchführung dieses Grundsatzes möglich, und das allgemeine Interesse an der Liquidität und Einfachheit des Verhältnisses erfordert dieselbe.

3. Für andere Grundversicherungen. Diese sind weder so einfach noch so liquid, daß die Schuld eben so vollständig von dem neuen Erwerber übernommen werden kann, wie die Schuld des eigentlichen Schuldbriefs. Die Kaufschuld wird oft beschränkt sein durch die Gegenforderung des Käufers an den Verkäufer, z. B. aus Nachwährschaft. Würde nun der neue Erwerber in jene eintreten, so müßte ihm zugleich diese übertragen werden, sonst würde die erstere innerlich verändert sein. Freilich wird das hier noch meistens möglich und dann doch der obigen Regel Folge zu geben sein. Aber bei Leibdingsversicherungen und Kautionen ist das gewöhnlich nicht möglich, weil die diesfälligen Schulden von der individuellen Person des Versicherers und ihrem Verhalten abhängig sind.

4. Der neue Erwerber ist pflichtig, zu der Kapitalschuld auch den laufenden Zins zu übernehmen. (Z. XIII, 273; XVI, 8, Erw. 10), dagegen nicht die schon verfallenen Zinsen, falls sie ihm nicht besonders angewiesen worden sind. (Z. VI, 285, Erw. 3; XVI, 1); er kann aber für das Kapital nicht rechtlich betrieben werden, wenn ihm nicht angezeigt worden ist, daß dasselbe gekündigt sei. (Z. XVI, 3; XVIII, 78, U. 3034.)

5. Zwangsabtretung. Das Abtretungsobjekt geht auf den Erwerber frei von dinglichen Lasten über; s. §§ 117, 4 und 354, insbesondere die daselbst angeführten § 57 des kantonalen und Art. 45 des eidgen. Expropriationsgesetzes.

§ 362.

[neu.] Der Erwerb einer durch einen Kreditversicherungsbrief verpfändeten Liegenschaft und die Ueberbindung einer solchen Schuld schließt den Eintritt des Erwerbers in das Kreditverhältniß nicht in sich.

1. Dieser Paragraph wurde wie § 349 und § 387 durch die in § 349, 1 angeführte Eingabe des Notars der Stadt Zürich hervorgerufen. Es wurde in derselben erklärt, daß die Landschreiber nach Anleitungen bezirksgerichtlicher Visitationskommissionen bei der Ueberbindung von Kreditversicherungen verschieden zu Werke gehen; die einen verlangen, daß sie zuerst in Schuldbriefe umgewandelt werden, andere löschen sie und errichten an ihrer Stelle neue auf den Käufer lautende Briefe, noch andere weisen sie dem Käufer an, wobei dieser die Erklärung an das Notariatsprotokoll zu geben habe, daß er sich verpflichte, in das bestehende Kreditverhältniß einzutreten, und auch in den Schuldtitel eine entsprechende Erklärung, eine sogen. „Kredit- und Pfandrechts-Erneuerung" aufgenommen werde. Das Obergericht antwortete, wenn der neue Erwerber und der Kreditor zusammen das Kreditverhältniß fortsetzen wollen, so genüge die einfache Anweisung des Kreditversicherungsbriefes. Jener Wille brauche nicht nothwendig in den Schuldtitel aufgenommen zu werden, es genüge, wenn davon am Journal Notiz genommen werde. Soll „dagegen das Verhältniß nicht fortgesetzt werden, so sei die Kreditversicherung in einen eigentlichen Schuldbrief umzuwandeln oder das Verhältniß

sonst zu lösen, und bis dahin die Zufertigung der Liegenschaften an den neuen Erwerber nicht vorzunehmen." Die regierungsräthliche Kommission hat dann aber auf Antrag von Notar Nägeli die Anweisung eines Kreditversicherungsbriefes auch in diesem Fall für statthaft erklärt, selbstverständlich nur in demjenigen Betrage, welcher zur Zeit der Anweisung geschuldet wird; es mußte nun aber im Gesetze gesagt werden, daß damit nur die bestehende Schuld überbunden, der Kreditor dagegen nicht etwa gehalten sei, auch dem neuen Erwerber weiteren Kredit bis auf den Betrag des Briefes zu schenken, und der Erwerber seinerseits auch nicht etwa Provisionen zu zahlen habe. Das nothwendige Gegenstück dazu bildet § 387.

§ 363.

[816.] Die Notare sollen von der Ueberbindung einer ganzen Schuld, oder von der Anweisung einer Theilschuld, wenn dieselbe mehr als die Hälfte der Gesammtschuld beträgt, dem Gläubiger Anzeige machen, welchem die Wahl offen steht, ob er sich zunächst noch an den alten Schuldner halten oder den neuen Schuldner anerkennen will. Zieht er das erstere vor, so muß er seine Forderung beziehungsweise Gesammtforderung spätestens innerhalb zweier Jahre, von dem ersten offenen Termine (§§ 379 u. ff.) an gerechnet, einziehen. Geschieht das nicht, so wird der alte Schuldner von Rechtes wegen frei, und es kann sich von da an der Gläubiger nur an den neuen Schuldner halten.

1. Die Verschiedenheit von den Gülten (§ 322) zeigt sich hier. Der neue Erwerber kann die Uebernahme der Schuld dem Gläubiger gegenüber nicht weigern, der Gläubiger aber ist nicht verpflichtet, den bisher ihm persönlich verbundenen Schuldner frei zu geben und jenen als neuen Schuldner anzunehmen. Er hatte der Person und dem Unterpfande Kredit gewährt, als er das Darlehen gab. Er darf daher sein Recht gegen die Person nicht dadurch verlieren, daß diese es vorzieht, eine andere vielleicht weniger zahlungsfähige Person an ihre Stelle zu setzen. Ein besonders noch vor der Berathung über diesen Gesetzesentwurf von dem Großen Rathe am 29. Brachmonat 1853 angenommenes Gesetz hatte zwar geradezu bestimmt: „der Kreditor sei gehalten, den Käufer als neuen Schuldner anzunehmen", und die rechtliche Unzulässigkeit dieser Bestimmung dadurch zu mildern versucht, daß der bisherige Schuldner „als Bürge und Selbstzahler des neuen Schuldners" noch für eine gewisse Zeit gebunden ward. Die Kommission überzeugte sich aber, daß diese Auffassung im Widerspruch sei mit der obligatorischen Natur des Schuldverhältnisses, mit der Kraft der Verträge, mit dem Institute der Bürgschaft, die auf freiem Willen beruht, und daß der gewünschte Zweck, nämlich die Verbindung der Schuld und der Pfandverpflichtung durch die künstliche und gemachte Verwirrung aller dieser Begriffe weniger erreicht werde, als durch die nun angenommenen Bestimmungen, welche schärfer unterscheiden und die Harmonie des Rechtssystems nicht gewaltsam stören.

2. Anzeige machen, sogen. Ueberbundsanzeige, von welcher der Kreditor ein Doppel mit der Bescheinigung des Empfangs an die Notariatskanzlei zurück zu senden hat. (Vgl. Verordn. des Obergerichts, vom 21. Sept. 1867, Nro. 19, Amtsbl.

1867, p. 71.) Wenn vor dieser Anzeige das Grundstück wieder an den Verkäufer zurückverkauft wird, so muß der Kreditor diesen als seinen Schuldner behalten. (Z. XVIII, 80.)

3. Die Wahl offen steht, immerhin nur so lange, als nicht der Kreditor ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung erklärt hat, den neuen Erwerber als seinen Schuldner anzunehmen, denn in einer solchen Erklärung liegt eine Novation der Schuld (schweiz. OR. Art. 140 u. ff.) und durch dieselbe wird der alte Schuldner sofort frei. Eine solche schlüssige Handlung ist darin erblickt worden, daß der Kreditor vom Käufer der Liegenschaft den Schuldbriefzins entgegengenommen und dafür vorbehaltslos auf den Namen dieses Käufers Quittung ausgestellt hat, auch dann, wenn die Zinszahlung vor der Zustellung der Ueberbundsanzeige an den Kreditor erfolgt ist (B. III, 265; OG. 1885, Nro. 25; 1886 Nro. 27.); dagegen ist die Anhebung des Rechtstriebes gegen den Käufer, während der Verkäufer am Rechtstrieb blieb, als nicht schlüssig erklärt worden. (Z. XV, 150); ebenso die Anmeldung im Konkurs des Käufers (Z. XVIII, 434), und die Annahme einer Einzinserrate vom Käufer des Einzinsers (Z. XXII, 93, Nro. 52.)

4. Wenn nach der Schuldanweisung der Verkäufer eine Zahlung auf Rechnung des Schuldbriefes an den Kreditor leistet, so tritt er dafür seinem Käufer gegenüber in die Rechte des Kreditors ein. (Z. III, 255; VIII, 100; XIII, 273.)

5. Auch wenn der Kreditor sich an den alten Schuldner hält, ist der Rechtstrieb für grundversicherte Forderungen anzuwenden. (Z. XIX, 202, Nro. 51); und ebenso muß der frühere Schuldner den neuen Erwerber, der vom Kreditor nicht angenommen wurde, mit dem Rechtstrieb für grundversicherte Forderungen belangen. (Z. XXII, 92.)

6. Von dem ersten offenem Termine, d. h. von dem ersten Termine an, auf welchen der Gläubiger, sei es, weil er die Kündigung vertragsmäßig sich vorbehalten hat, sei es, weil ihm die Kündigung gesetzlich zusteht, sei es, weil die Zahlung ohnehin fällig ist, die Forderung realisiren kann. (Z. XIII, 271.)

7. Der alte Schuldner wird frei. Versäumt der Gläubiger binnen der Frist von zwei Jahren, die ihm offen steht, die Forderung von dem alten Schuldner einzuziehen, so löst sich das persönliche Band mit diesem von selbst und es wird die Einheit der Schuld und der Pfandverpflichtung wieder hergestellt. Er kann den neuen Erwerber, der seinerseits die Schuld übernommen, nicht mehr ablehnen. Jene Frist setzt aber voraus, daß der Gläubiger von dem Uebergang des Eigenthums unterrichtet worden sei, und damit das regelmäßig geschehe, ist die Anzeige dem Landschreiber zur Pflicht gemacht worden.

§ 364.

[817.] Wenn das verpfändete Grundstück der Realtheilung unterliegt oder einzelne Stücke desselben veräußert werden, so hat der Notar darauf hinzuwirken, daß die auf jenem versicherten Schuldverhältnisse gehörig und im Interesse der Einfachheit und Einigung von Schuld und Unterpfand bereinigt werden.

1. Es wird hier das Prinzip und die Richtung ausgesprochen, deren Beachtung die Landschreiber, so weit das überhaupt in ihrer Macht liegt, anstreben sollen. Die

nachfolgenden Paragraphen bezeichnen die verschiedenen Anwendungen und Wege, welche das Prinzip im Leben verwirklichen und zu dem gewünschten Ziele führen.

§ 365.

[818.] Zu diesem Behufe wird er je nach den Umständen und der Willensmeinung der Parteien:

a. Ablösung der Schuld auf einen der nächsten offenen Zahlungstermine, sei es mit oder ohne Bestellung eines Liquidators, oder
b. die Zerlegung der Schulden auf die einzelnen Stücke im Sinne völliger Trennung, oder aber
c. die Theilung der Schulden im Sinne der Einzinserschaft

anordnen.

1. Vgl. § 364, 1. Der Liquidator vertritt die Stelle des Tragers. (Z. IV, 215.)

§ 366.

[819.] Bis zu gänzlicher Tilgung der abzulösenden Schuld haften die Uebernehmer einzelner Stücke und der provisorisch darauf zu verlegenden Theilzahlungen wie Einzinser.

1. Das erste Mittel, die drohende Trennung der Schuld und der Pfandverpflichtung abzuwenden und die Gefahr und die Nachtheile zu verhüten, welche mit der Fortdauer des Einzinserverhältnisses verbunden sind, ist die Ablösung der Schuld. Dieselbe wird besonders da rathsam sein, wo ein landwirthschaftliches Gut in viele Stücke zerschlagen und versteigert oder eine Wiese oder ein Garten in Bauplätze zerlegt und diese einzeln verkauft werden. Kann die Ablösung der darauf haftenden Kapitalschulden geschehen, so wird der Werth kleiner Stücke der Art im Verkehr erhöht, weil die Käufer derselben nicht in die Schuldverwicklung des frühern größern Gutes verflochten werden. Wenn dagegen ein Gut in Folge der Erbtheilung unter zwei oder drei Erben zu realer Theilung kommt oder sonst größere Theile gemacht werden, so wird der Weg der Ablösung schon nicht mehr so zugänglich erscheinen, indem die Schwierigkeit, das für dieselbe erforderliche Geld aufzubringen, mit der Größe der Theile und der darauf haftenden Kapitalien steigt.

2. Wie Einzinser. Die Ablösung läßt sich selten sofort ausführen. Sie muß ihrerseits die Zahlungstermine einhalten, auf welche die grundversicherten Gläubiger ein Recht haben, und meistens fordert auch das Interesse der Erwerber der Theile — mittelbar auch des Verkäufers —, daß auch ihnen Zeit verstattet werde, den Kaufpreis allmälig abzuzahlen. In der Zwischenzeit bleiben die Theile pfandrechtlich verhaftet und es müssen die abzulösenden Schulden vorläufig doch in einzelnen Raten auf die Erwerber verlegt und denselben überbunden werden, d. h. diese werden vorübergehend zu Einzinsern. (Vgl. § 369.) Z. B. Die Wiese des A ist verpfändet um fünfhundert Franken an B und um zweihundertfünfzig Franken an C. Nun wird dieselbe in fünf Bauplätze getheilt, die an D, E, F, G und H verkauft werden, mit der Verabredung, daß die eine Schuldpost auf den 1. Mai, die andere auf Martini künftigen

Jahres aus dem Kaufpreis abgelöst werden. Bis das geschehen, wird aber auf jeden Bauplatz von der ersten Schuld je hundert Franken, von der zweiten je fünfzig Franken verlegt. Die Käufer derselben haften jeder zunächst für diese Theilschulden, subsidiär aber für die Gesammtschuld, d. h. als Einzinser.

§ 367.

[820.] Können die Parteien sich zwar über das Eintreten der Liquidation, nicht aber über das Verfahren dabei einigen, so erläßt auf den Bericht des Notars der Bezirksgerichtspräsident die nöthigen Verfügungen.

1. Liquidation. Z. B. Es ist verabredet, daß die Schulden abgelöst und die Ablösung durch einen Liquidator besorgt werden solle, aber es können sich die Betheiligten nicht über die Wahl desselben verständigen. Da kann der Gerichtspräsident denselben bezeichnen.

§ 368.

[821.] Die ausschließliche Verstoßung einer Schuld auf ein einzelnes Stück in Verbindung mit der Entlastung der übrigen Stücke oder die Zerlegung einer Schuld in mehrere kleinere getrennte Schulden und die ausschließliche Anweisung derselben auf einzelne Stücke setzt die Zustimmung der betheiligten Pfandgläubiger voraus und macht die Vormerkung in den Schuldbriefen erforderlich. Der Gläubiger ist im letzteren Falle auch berechtigt, auf Kosten des Schuldners an Stelle des bisherigen Schuldbriefes sich mehrere neue, der Zerlegung der Schuld entsprechende kleinere Schuldbriefe ausstellen zu lassen.

1. Ausschließliche Verstoßung. Z. B. auf dem Gute des A haften zwei grundversicherte Forderungen, die des B für zehntausend Franken und die des C für achttausend Franken. Das Gut wird unter die Söhne des A, den D und den E real vertheilt, und dabei auf das Grundstück des D die Forderung des B, auf das des E die Forderung des C ausschließlich, d. h. so verlegt, daß D allein für die Summe von zehntausend Franken Schuldner wird und das Pfandrecht des B auf das Grundstück des D beschränkt wird, und daß ebenso E die Schuld von achttausend Franken und das Pfandrecht dafür allein auf sich und sein Grundstück nimmt. Da hiebei die Gläubiger eine Veränderung an ihrem Rechte, insbesondere eine Beschränkung ihres Pfandrechtes erleiden, so kann diese Verstoßung nicht ohne deren Zustimmung vollzogen werden, und es muß die Veränderung auch im Grundbuch und in den Schuldbriefen vorgemerkt werden.

2. Zerlegung in mehrere getrennte Schulden. Z. B. Das Grundstück des A wird unter vier Erben desselben real getheilt und eine darauf versicherte Forderung von zwanzigtausend Franken so verlegt, daß jeder der Erben auf sein Grundstück fünftausend Franken ausschließlich übernimmt, ohne daß dafür die andern Erben und deren Grundstücke weiter haften sollen.

§ 369.

[822.] Muß die Schuld im Sinne der Einzinserschaft getheilt und auf die einzelnen Stücke verlegt werden, so haften die Einzinser zwar zunächst für die ihnen nach Verhältniß des ungefähren Werthes ihrer Stücke anzuweisenden Theilschulden, aber subsidiär für die ganze Schuld (Gesammtschuld).

Der Gläubiger ist berechtigt, die Einzinser zur Bildung einer Tragerei (§§ 314 u. ff.) anzuhalten.

1. Einzinserschaft. Diese setzt auch eine Theilung der Schuld in Verbindung mit der realen Theilung des verpfändeten Gutes voraus; aber die Theile der Schuld bleiben im Zusammenhang und bilden zusammen die Gesammtschuld, wie hinwieder die verschiedenen Grundstücke, die ursprünglich als Ein Gut verpfändet waren, fortfahren für die Gesammtschuld und daher auch für alle Theilschulden zu haften. Das auch juristisch sehr merkwürdige Institut der Einzinserei (vgl. darüber Bluntschli Rechtsgesch. IV, § 42) hat von Alters her bei den alten Reallasten und später bei den grundversicherten Schulden in Folge der zahlreichen Gütertheilungen zahlreiche Anwendungen gefunden. Dasselbe hat auch so eigenthümliche Vorzüge und ist in gewissem Betracht so nothwendig geworden, daß es auch für die Zukunft nicht aufgegeben werden darf; auf der andern Seite aber sind die Uebelstände, die sich daran hängen und gewöhnlich mit dem Alter verderblich anwachsen, so erheblich, daß die Gesetzgebung genöthigt ist, das Institut zu beschränken und hinwieder die Auflösung der Einzinsereien zu fordern. Die Hauptvorzüge sind:

a. Die Veränderung, wenn die bisherige einfache Schuld auf mehrere Einzinser vertheilt wird, ist für den Gläubiger unerheblich, indem die Einheit der Schuld trotz der Theilung derselben doch erhalten bleibt und immer noch das ganze ursprüngliche Unterpfand für alle Theile haftet, in gewisser Beziehung sogar vortheilhaft, indem er mehrere Schuldner bekommt, die alle subsidiär für das Ganze einstehen.

b. Der Schuldner ist, weil die Forderung des Gläubigers vorerst einfach fortdauert und es keiner Mitwirkung des Gläubigers bedarf, nicht gehindert, sein Grundstück zu theilen, und was das Wichtigste ist:

c. es finden sich leicht Käufer, auch aus den wenig bemittelten Klassen der Bevölkerung, indem dieselben wenig baares Geld dazu brauchen. Bei der großen Ausdehnung der Industrie in unserm Lande ist es aber hochwichtig, daß der großen Menge von Arbeiterfamilien die Möglichkeit erhalten bleibe, kleines Grundeigenthum zu erwerben und zu haben. Der Werth der Güter und die Ruhe und Wohlfahrt, vorzüglich der industriellen Klassen, würden erschüttert, wenn die Einzinserei nicht mehr gestattet würde.

Aber es sind auch die Uebel zu erwägen, die diesem Institut eigen sind:

a. Die Einzinserei verbindet die Einzinser unter einander lediglich zu ihrem Schaden, nicht zu ihrem Vortheile. Sie stehen mit einander sonst in keiner Gemeinschaft, keiner hat einen Einfluß auf die Wirthschaft des andern; aber wenn einer ökonomisch zu Grunde geht, dann werden auch die übrigen Ein-

zinser, indem sie subsidiär für das Ganze haften, in seinen Fall verwickelt ohne ihre Schuld und unerwartet.

b. Die darin liegende Gefahr wächst mit dem zunehmenden Alter der Einzinserei, wenn das Unterpfand nicht einen weit höheren Werth hat als die Schuld; und ist so einmal die daherige Unsicherheit der kleinen Grundbesitzer als Einzinser zu einem eingewurzelten Uebel geworden, so wird auch der Werth der Güter und der Kredit solcher Schuldbriefe vermindert.

Die Gesetzgebung hat daher vorzüglich der langen Dauer der Einzinserei entgegenzuwirken.

Bluntschli erzählt, daß schon im Jahr 1854 diese Fragen der Kommission große Schwierigkeiten gemacht haben. Auch die Kommission des Jahres 1886 beschäftigte sich, wie sie in dem Berichte an den Regierungsrath hervorhebt, eingehend mit denselben. Es wurde der Antrag gestellt, das Institut der Einzinserei ganz oder fast ganz aufzuheben. Zur Begründung wurde gesagt, daß Uebelstände, namentlich in denjenigen Bezirken, in denen starke Zerstückelung des Bodens stattfinde, wie Bülach und Dielsdorf, auch in der Stadt und Umgebung, wo Landspekulanten ihre Grundstücke parcelliren, sich ergeben haben, daß in den erstern beiden Bezirken Einzinserposten von 10 Fr., 5 Fr., ja von Fr. 1. 50 vorkommen. Ein Antrag ging dahin, die Kantonalbank zu verpflichten, daß sie sich bei Theilung der Unterpfande immer die Zuschlagung ihrer Forderung in entsprechende selbständige, von einander ganz unabhängige Forderungen gefallen lassen müsse, und daß bei einem andern Kreditor nöthigenfalls die Kantonalbank in diesem Sinne zu interveniren habe, sobald die Unterpfande die nöthige Sicherheit bieten; nur wenn das nicht der Fall wäre, sollte die Einzinserei eintreten. Hiegegen wurde eingewendet, daß die letzteren Fälle die Regel bilden, daß es überhaupt nicht wohlgethan sei, Spezialbestimmungen zu Ungunsten der Kantonalbank zu treffen, und daß dem Schuldbriefwesen Sorge getragen werden müsse, damit das Geld im Lande bleibe. Gegen die gänzliche Aufhebung sprach sich namentlich der zugezogene Notar aus. Er sagte, daß mancher gedrückte Bauer sich mit Verkauf eines Theils seiner Liegenschaften, etwa auf dem Wege einer öffentlichen Gant, und Begründung einer Einzinserei geholfen habe. Schließlich kam man zu dem Antrage, im Wesentlichen das bisherige Recht beizubehalten. Auch die kantonsräthliche Kommission diskutirte die Frage lebhaft. Gegen den Antrag, die Einzinsereien abzuschaffen, wurde eingewendet, daß damit zu viele Interessen gefährdet würden, daß in Zukunft jedes Grundstück für sich verpfändet und zu dem Zwecke die Führung der Grundbücher eine ganz andere, für jedes Grundstück ein Folio, wie in andern Staaten, werden müßte. So blieb schließlich auch dieser Kommission nichts Anderes übrig, als zu berichten, daß auch bei ihr „große Geneigtheit vorhanden gewesen wäre, den oft unheilvoll wirkenden Einzinsereiverhältnissen gründlich zu Leibe zu gehen. Allein bei genauerer Ueberlegung mußte man sich ebenfalls damit begnügen, durch Verschärfung der Bestimmungen über die Ablösung neu entstandener Einzinserverbände dafür zu sorgen, daß die Gefahren der Einzinsereien, wo sie nicht vermieden werden können, möglichst bald wieder verschwinden. . . . Weiter zu gehen und die Einzinsereien für die Zukunft gänzlich zu beseitigen, kann vielleicht bei günstiger Gelegenheit zur verdienstlichen Aufgabe eines Spezialgesetzes gemacht werden, welchem indeß zur sichern Erkenntniß der Sachlage umfassende statistische Erhebungen vorausgehen müßten, und welches gleichzeitig nicht nur das materielle Recht, sondern auch die Grundbuchführung, speziell die

Hypothekarordnung neu zu ordnen hätte, damit die gegenwärtig vorhandene Leichtigkeit des Verkehrs mit Liegenschaften erhalten bleibe. Eine gründliche Ordnung dieser ganzen Materie in gegenwärtigem Momente muß als nicht opportun erscheinen, weil schon durch eine solche Arbeit der Abschluß der Revision des ganzen übrigen Privatrechtes erheblich verzögert würde." Die Weisung an das Volk hat diesen Passus wiederholt. Das Nähere s. §§ 371 ff.

2. Ein Mittel zur Beseitigung drr Einzinsereien bildet die Vereinigung der Grundprotokolle (Gesetz vom 20. April 1854, Off. S. Bd. IX, 465). Die diesfällige Verordnung des Obergerichtes vom 28. Juni 1855 (Off. S. X, 331) sagt in § 1 lit. b: „Die gänzliche Vereinigung eines Grundprotokolls erfordert die Ablösung aller Schulden, deren Pfandnexus in den Eigenthumsbesitz mehrerer Mitschuldner als Einzinser eingreift." Eine solche Schuld kann nämlich auf 6 Monate gekündigt werden, auch wenn sonst nach dem Inhalte der Schuldurkunde die Kündigung nicht zulässig wäre (§ 14 des Gesetzes). Vgl. § 357, 5.

3. Subsidiär für die ganze Schuld, also auch dann, wenn ein anderer Einzinser wegen Abwesenheit oder wegen Unbekanntschaft nicht belangt werden kann. (Z. V, 197; U. 1223.)

4. Wenn dem Kreditor die fällige Zins- oder Kapitalforderung nicht bezahlt wird, so kann er den Rechtstrieb anheben entweder gegen den Trager allein für sich und Mithafte, der seinerseits die Miteinzinser betreibt, oder direkt gegen die Einzinser. Ein Einzinser kann aber dadurch, daß er seine Rate gerichtlich deponirt, bewirken, daß die gegen ihn gerichtete Betreibung sistirt wird bis zur gänzlichen Abstellung oder bis zur Eröffnung des Konkurses gegen einen Miteinzinser. Nach einer solchen Konkurseröffnung aber haben die übrigen Einzinser — zunächst der Trager — die Rate des in Konkurs Gerathenen sofort zu leisten, wogegen sie in diesem Konkurse das Pfandrecht des Kreditors geltend machen können. (B. V, 344 Erw. 2; VII, 122 Nro. 3, 123 Nro. 5; X, 37 Nro. 7; XIII, 299 Nro. 22; XV, 80 Nro. 57; Z. IX, 290; XV, 153.)

5. Auch der Notar soll die Einzinser zur Bezeichnung eines Tragers anhalten. (Beschluß des Obergerichtes. B. XIX, 317, § 2.) Formulare der Anzeige an den Kreditor über Entstehung einer Einzinserei daselbst § 3, § 4.

6. Wenn bei unpünktlicher Zinsung der Zinsfuß erhöht ist, der Trager pünktlich zinst, die Einzinser aber ihm ihre Raten unpünktlich abliefern, so kann er diese zum erhöhten Zinsfuß für sich verlangen, obgleich er nur zum niedrigeren hat zinsen müssen. (Z. X, 348.)

§ 370.

[823.] Die Anweisung eines Theiles der Schuld auf ein abgetrenntes Stück darf nur ausnahmsweise, und zwar da unterlassen werden, wo unter Berücksichtigung aller Verhältnisse die übrigen Unterpfande vollständige Sicherheit zur Deckung aller Vorstände sammt Kosten gewähren, oder wo aus besonderen Gründen, z. B. wegen des im Verhältnisse zu den übrigen Pfändern geringen Werthes des veräußerten Stückes, der Eintritt in den Einzinserverband bedenklicher erscheint als die Gefahr einer Geschreiung.

Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Bestimmungen über die Zwangsabtretung.

1. Die Anweisung der Theilschuld bildet den Gegensatz sowohl zu dem Anhang einer fremden Schuld als zu der Befreiung des abgetretenen Stücks von Schuld und Pfandverpflichtung. Die Anweisung macht den angewiesenen Erwerber des Stückes Boden zum Einzinser, der Anhang zum Geschreiten, nur die völlige Befreiung, die aber die Zustimmung des Pfandgläubigers und im Sinne des § 378 selbst die der übrigen Einzinser und Geschreiten erfordert, stellt einfache Verhältnisse her.

2. Aus besonderen Gründen. Z. B. Von einem Bauerngute, auf welchem verschiedene Schulden versichert sind, wird ein kleines Stück an den Nachbar zur Erweiterung seines Gartens abgetreten. Da wäre es höchst lästig, wenn von allen jenen Schulden je eine kleine Quote als Theilschuld angewiesen würde, und es ist natürlicher, nur eine etwas größere Theilschuld anzuweisen, die übrigen Schulden aber anhangsweise vorzumerken.

3. Ausnahmsweise. (Z. XX, 233.) In der regierungsräthlichen Kommission wurde der Antrag gestellt, eine solche Verstoßung überhaupt nicht mehr zu bewilligen, keine neuen Anhänge mehr zuzulassen. Hierauf wurde entgegnet, daß der Paragraph doch einem Bedürfniß entspreche, namentlich bei unbedeutenden Grenzregulierungen; man müßte bei solchen entweder zu dem fatalen Mittel der Einzinserei mit kleinen Raten (§ 369, 1) greifen, oder das abgetrennte Stück ganz aus der Pfandschaft des Briefes entlassen, was eine Beeinträchtigung der Rechte des Kreditors sein würde. Wollte man Letzteres gegen eine Abfindung des Kreditors vornehmen, so würde die Festsetzung ihres Betrages Schwierigkeiten machen. Uebrigens sei in der Praxis in den meisten Fällen der Kreditor mit der Entlassung der wenigen Quadratmeter einverstanden.

4. Zwangsabtretung. Bei dieser findet eine Anweisung überhaupt nicht statt, s. § 354, 1, 3.

§ 371.

[824.] Bei allen Fertigungen, welche eine Einzinserschaft zur Folge haben, soll der Notar die neuen Erwerber zu einer Verständigung über die Wiederauflösung der Einzinserverbindung, beziehungsweise die Abzahlung der Gesammtschuld auf einen bestimmten Zeitrunkt innerhalb der nächsten sechs Jahre zu bestimmen suchen. Eine solche Verständigung ist im Protokolle und in den Ausfertigungen vorzumerken und mit der Anzeige über die geschehene Anweisung von dem Notar den betheiligten Gläubigern mitzutheilen. Jeder einzelne Einzinser ist berechtigt, gegenüber den übrigen Betheiligten auf Erfüllung derselben zu dringen.

1. Jeder einzelne Einzinser. Bei der Ablösung sind alle Einzinser betheiligt und die Verabredung derselben begründet für jeden unter ihnen sowohl das Recht, die Mitwirkung der andern zum Behuf der Vollziehung zu fordern, als die Pflicht, selber ebenfalls dazu Hand zu bieten und beizutragen. Der Einzelne, der die

Ablösung fordert, darf daher durch eine entgegengesetzte Willensmeinung der Mehrheit der Einzinser nicht gehindert werden. (Z. IV, 213; XVI, 282.) Die Rechte des Gläubigers werden natürlich durch diese Bestimmung nicht verändert.

2. In Uebereinstimmung mit dem letzten Satz Bluntschli's in Ziff. 1 hat das Obergericht in einer ganzen Reihe von Entscheidungen erklärt, daß der Kreditor aus einer solchen Verabredung, obgleich sie ihm durch die Notariatskanzlei in der Ueberbundsanzeige amtlich mitgetheilt wird, keine Rechte für sich herleiten, also die Abzahlung des Kapitals an dem ihm angegebenen Termin nicht verlangen könne, weil das Sache lediglich der Einzinser unter sich sei. (U. 1221.) Man sieht unter diesen Umständen nicht ein, warum denn dem Kreditor davon amtliche Mittheilung gemacht werden muß, die ihn nur irre führen kann, wie denn auch in der That die Frage immer wieder vor die Gerichte gebracht worden ist. In manchen Fällen wird in Folge dieser Entscheide die Verabredung von keinem der Betheiligten für Ernst genommen und scheint nur dazu bestimmt zu sein, den Glauben zu erwecken, daß der Landschreiber auf Beseitigung der Einzinserei hingewirkt habe. Hoffentlich verschwinden nun bei der ernstern Fassung des § 373 wenigstens derartige amtliche Mittheilungen.

§ 372.

[825.] Bei **sämmtlichen** Einzinsereien ist die Mehrheit der Einzinser, auf welcher zugleich mehr als die Hälfte der Gesammtschuld lastet, berechtigt, die Gesammtschuld zu kündigen und die Minderheit zur Theilnahme an der **Ablösung** zu nöthigen. Aus einem derartigen Beschlusse erwirbt jeder einzelne Einzinser das Recht, die übrigen zur Vollziehung desselben anzuhalten.

1. **Sämmtlichen.** Nach dem früheren § 825 galt dies nur für die seit dem 1. Juli 1854 entstandenen Einzinsereien, weil durch die Ausdehnung der Vorschrift auf ältere Einzinserverhältnisse erworbene Rechte verletzt worden wären. Da letztere nun wohl verschwunden sind, konnte jetzt die Vorschrift allgemein gefaßt werden.

2. **Jeder einzelne Einzinser** analog dem § 371. Also sogar wenn die Mehrheit ihren Willen später änderte und auf die Ablösung verzichten wollte, kann dennoch jeder einzelne auf Vollziehung des einmal gefaßten Beschlusses dringen.

§ 373.

[826.] Ist eine seit Erlaß des gegenwärtigen Gesetzes entstandene neue Einzinserei nicht innerhalb sechs Jahren seit ihrer Begründung, oder eine vorher entstandene nicht innerhalb sechs Jahren von dem Inkrafttreten dieses Gesetzes an, sei es durch Abzahlung der Schuld, sei es durch reine und einfache Verstoßung, aufgelöst worden, so ist der Notar verpflichtet, von Amtes wegen in dem Schuldbriefe selbst die Androhung der bevorstehenden **Umwandlung der Einzinserschaft in eine völlige Zerlegung der Schuld**, beziehungsweise des Unterganges der Subsidiärhaft der bisherigen Einzinser und ihrer Grundstücke vorzumerken. Wird das

Verhältniß nicht innerhalb zweier Jahre von dieser Vormerkung an bereinigt, so ist der Androhung Folge zu geben und muß sich der Gläubiger den nöthigen Aenderungen in seinem Schuldbriefe unterziehen.

1. Der frühere § 826 setzte die erste der beiden in diesem Paragraph anberaumten Fristen statt auf 6 auf 8 Jahre an, und drückte sich statt des jetzt gebrauchten „so ist der Notar verpflichtet“ nur so aus: „so muß sich der Gläubiger gefallen lassen, daß der Landschreiber . . . vormerke.“ Aber der Zweck des Gesetzes, daß alle Einzinsereien nur vorübergehend sein sollten, wurde damit nicht erreicht, noch weniger die von Bluntschli ausgesprochene Erwartung, daß die Gläubiger in Voraussicht dieses Zwanges schon vorher in die Auflösung der Einzinserei willigen werden, erfüllt. Der Paragraph wurde gar nicht zur Anwendung gebracht, die Notare führten kein diesfälliges Skadenzbuch, die Vorschrift stand, wie sich der zugezogene Notar ausdrückte, bloß auf dem Papier. Die neue Fassung betont nun die Pflicht des Notars, und dem entsprechend ist am Schlusse des Paragraphen der Ausdruck: „es wird Folge gegeben“ geändert worden in: „es ist Folge zu geben“. Einer Anregung, die schon um 2 Jahre gekürzte Frist noch weiter, sogar bis auf 2 Jahre, zu kürzen, wurde keine Folge gegeben, weil dadurch bei dem weit gehenden Bodenkredit unsers Landes leicht die Interessen von Schuldnern und Gläubigern hätten gefährdet werden können, weil für Einzinsereien, bei denen eine Gefahr nicht besteht, ohnehin § 375 Vorsorge trifft und weil die Frist derjenigen des § 382 entspricht. Der Bericht der kantonsräthlichen Kommission sagt: „Wenn die Notare auf Grund der neuen Vorschriften ihre Pflicht thun, so ist, namentlich im Hinblick auf die neue Bestimmung, daß die zur Ablösung von Einzinserposten verwendeten Kapitalien hinsichtlich der Rangordnung des dafür zu bestellenden Pfandrechtes einfach an die Stelle jener zu treten berechtigt sind, mit Zuversicht zu erwarten, daß die Einzinserei in ganz erheblichem Maße sich reduziren und die daherigen Gefahren sich vermindern werden.“ Die Weisung an das Volk hat dies wiederholt. Es ist aber in der Kommission gesagt worden, daß jedenfalls noch eine obergerichtliche Verordnung, welche den Notaren zur Pflicht mache, Skadenzverzeichnisse zu halten und nachlässige Erfüllung der Vorschriften dieses Paragraphen mit Strafe bedrohe, nothwendig sein werde.

2. Es fällt auf, daß im Anfang des Paragraphen vom Erlaß, nachher vom Inkrafttreten des Gesetzes die Rede ist. Die 6 Jahre sind also schon vom 4. Sept. 1887 an jeweilen mit dem Tage nach der Entstehung der Einzinserei zu beginnen. — Zerlegung der Schuld s. § 368.

3. Innerhalb zweier Jahre. Diese zweite Frist ist noch zum Behuf der endlichen Liquidation gegeben und so weit gefaßt, daß Gläubiger und Schuldner inzwischen das Verhältniß ohne übermäßige Anstrengung bereinigen können.

4. Wird auch die zweite eigentliche Liquidationsfrist nicht benutzt, so wird nun die Einzinserei von Rechtes wegen aufgelöst. Das kann freilich nicht absolut so geschehen, daß nun die Verbindung der Theilschulden und die Subsidiärhaft von selbst erlischt, die Einzinserschulden sich also in getrennte Schulden umwandeln, sondern nur so, daß durch die amtliche Vormerkung in den Schuldbriefen diese Aenderung vollzogen wird. Jene ist unerläßlich nach dem System unserer Grundversicherung, welches auf der Autorität und Oeffentlichkeit des Grundbuchs und der kanzleiischen Urkunden beruht. Durch den frühern Vormerk der Androhung in dem Schuldbriefe

wird indessen jeder nachherige Besitzer desselben von dem Laufe der Verjährung und ihren Folgen in Kenntniß gesetzt, und er kann sich nicht darauf berufen, daß ihm der angedrohte Untergang der Subsidiärhaft unbekannt geblieben sei. Es steht ihm also auch, bevor die endliche Veränderung in dem Schuldbriefe vollzogen ist, dennoch nach zwei Jahren eine Einrede entgegen, wenn er die Subsidiärhaft geltend machen will. Ist dagegen der Vormerk der Androhung unterblieben, so läuft die zweite Liquidationsfrist nicht, indem sie von dem Vormerk an gerechnet wird.

5. Der Gläubiger, der einem Einzinser seine Kapitalrate abnimmt und dafür ohne Vorbehalt quittirt, verzichtet damit nicht auf dessen subsidiäre Haftung. (Z. XVIII, 82.)

§ 374.

[neu.] Wenn die Vorlegung der Urkunde verweigert wird, so hat der Notar sie durch gerichtliche Vermittlung einzufordern. Ueberdies sind die Schuldner in diesem Falle berechtigt, die fällig werdenden Zinse, statt zu bezahlen, gerichtlich zu deponiren.

1. Der zweite Satz dieses Paragraphen entspricht dem Schlusse des alten § 826.

§ 375.

[827.] Sowohl bei älteren hergebrachten als bei neu entstehenden Einzinsereien sind die *einzelnen Einzinser* auch gegen den Willen der Miteinzinser berechtigt, sich und ihre Grundstücke aus dem Einzinserverbande *abzulösen und von der Schuld zu ledigen*, indem sie von sich aus für Kündigung und Bezahlung der Gesammtschuld in Kapital und Zinsen auf die offenen Zahlungstermine sorgen. In einem solchen Falle hat der befriedigte Gläubiger seine persönlichen und dinglichen Rechte auf die übrigen nicht zahlenden Einzinser unversehrt an die zahlenden Einzinser abzutreten; es erlischt dann aber die Subsidiärhaft der ersteren und die letzteren haben sich die völlige Trennung der noch fortbestehenden vormaligen Theilschulden gefallen zu lassen.

1. *Die offenen Zahlungstermine.* Vgl. §§ 379 ff.

2. *Bezahlung der Gesammtschuld.* Da hier die übrigen Einzinser an der Kündigung keinen Theil genommen haben und auch keine Verständigung im Sinne des § 371, noch ein Mehrheitsbeschluß im Sinn des § 372 besteht, so können sie auch nicht auf Begehren eines einzelnen Miteinzinsers zur Zahlung angehalten werden. Vielmehr muß der Einzinser, der die Ablösung einzeln betreibt, von sich aus dafür sorgen und die Gesammtzahlung leisten; und weil er das übernommen hat, um sich von der Subsidiärhaft zu befreien, und somit sein Grundstück, das mit denen der Miteinzinser verhaftet war, geledigt hat, so darf er nun auch von den andern nicht mehr die Fortdauer der Subsidiärhaft verlangen, denn diese setzt den Fortbestand des gemeinsamen Pfandrechts voraus. Die übrigen Einzinser können daher von jetzt an wohl zur Be-

zahlung ihrer angewiesenen Schulden, wenn ihnen gehörig gekündigt worden, angehalten werden, aber nur dafür, nicht darüber hinaus je einer für die Schuld des andern: d. h. sie sind von jetzt an keine Einzinser mehr.

§ 376.

[828.] Geräth ein Einzinser in Konkurs, so können die übrigen Einzinser, welche an seiner Statt zur Zahlung angehalten werden, sich nicht durch Verzichtleistung auf ihre verpfändeten Stücke von der Schuld befreien (nicht fliehen). Für den daherigen Schaden dürfen sie die Rechte des Gläubigers zwar an dem in der Konkursmasse befindlichen Grundstücke geltend machen, nicht aber an den Grundstücken der Geschreiten.

1. Nicht fliehen. Vgl. § 357. Da die Einzinser auch persönliche Schuldner sind und subsidär für einander einstehen müssen, indem sie in Gemeinschaft die Gesammtschuld zu tragen haben, so kann kein Einzinser sich dadurch befreien, daß er sein verpfändetes Grundstück dem Gläubiger überläßt. Z. B. Die Einzinser A B und C haften dem Gläubiger D zusammen für ein Kapital von dreitausend Franken, jeder zunächst für tausend Franken. A geräth in Konkurs und D macht seine Forderung von dreitausend Franken (worin die tausend Franken des A inbegriffen sind) auch gegen B und C geltend. B und C können nun nicht sich dadurch befreien, daß sie ihrerseits zweitausend Franken zahlen, noch dadurch, daß sie ihre Grundstücke an D abtreten, da sie als Einzinser auch subsidiär für die Schuld des A haften. Sie können nicht fliehen, aber sie können ziehen, d. h.: wenn sie den D befriedigt haben, so treten sie auch in dessen Rechte auf das Grundstück und die Konkursmasse des A ein. (Z. XXIII, 24, Erw. 3; B. VI, 104.) Ist der Konkurs über A bereits ausgebrochen, so wird B auch dadurch nicht von der Subsidiärhaft befreit, daß ihm D seine Schuldrate erläßt. (Z. II, 268, 275.)

2. Nicht auf die Grundstücke der Geschreiten. Darüber gab es früher verschiedene Ansichten unter den Juristen. (Vgl. darüber Bluntschli zürch. Rechtsgesch. IV, § 42.) Da die Einzinser persönlich Schuldner sind, die Geschreiten nicht, so können wohl diese, wenn sie um des Pfandrechts willen für jene zahlten, von demselben Ersatz fordern (§ 360), aber nicht umgekehrt jene auf die Güter dieser greifen, und so die Geschreiten in Mitleidenschaft ziehen für die von ihnen ganz übernommene und ihnen ganz angewiesene Schuld.

3. Geschreite s. §§ 357 u. ff.

§ 377.

[829.] Wird eine Schuld ausschließlich auf ein Grundstück verlegt oder werden im Verfolge die Einzinser und ihre Grundstücke von der subsidiären Haft gelediget (§§ 373 und 375), so erlangen gleichzeitig auch diejenigen Grundstücke einen Anspruch auf Ledigung von dem Pfandrechte, welche ohne Verstoßung von Theilschulden in dem Besitze von Dritten (Geschreiten) sind.

1. Wenn die Verbindung der Theilschulden und die Gemeinschaft ihres Pfandrechts gegenüber den Einzinsern und ihren Grundstücken aufhört, so muß auch die dingliche Haft der Güter der Geschreiten aufhören. Die Auflösung der Einzinserei befreit also die Geschreiten von jeder weitern Gefahr. Ihrer pfandrechtlichen Haft nämlich steht das Recht der Geschreiten ergänzend und schützend zur Seite, auf die Einzinser greifen und ihre Grundstücke ziehen zu dürfen. Ist nun aber die Einzinserei aufgehoben, so wäre es ungereimt, dieselbe um der Geschreiten willen als noch fortbestehend zu fingiren und so von neuem den aufgelösten Verband herzustellen: und da die Geschreiten immer nur, wenn sie zahlen, an die Stelle des Gläubigers eintreten können und dieser doch nicht mehr eine Subsidiärhaft gegen die Schuldner (frühern Einzinser) geltend machen könnte, so können es auch die Geschreiten nicht mehr als seine Rechtsnachfolger. Ist daher jenes Recht der Geschreiten untergegangen, so läßt sich auch die Verbindlichkeit derselben nicht länger halten, und da sie nur pfandrechtlich subsidiär verhaftet waren, so hört auch mit der subsidiären Verantwortlichkeit der Einzinser die ihrige auf.

2. Geschreite s. §§ 357 u. ff.

§ 378.

[830.] Wenn ein Gläubiger ein einzelnes Stück des ihm haftenden Unterpfandes zum Nachtheile der übrigen Einzinser oder Geschreiten ohne deren Einwilligung entläßt, so wird er für den hieraus entstandenen Schaden den Betheiligten gegenüber verantwortlich.

1. Z. B. Die Unterpfande eines Schuldbriefs, mit dem eine Einzinserei und Geschreite verbunden sind, sind zusammen völlig zureichend, um die Forderung zu decken, aber sie sind im Einzelnen so unverhältnißmäßig auf Einzinser und Geschreite vertheilt, daß wenn etwa eines dieser besondern Grundstücke von der Pfandschaft frei wird, die übrigen nicht mehr zur Deckung genügen. In der Regel wird freilich auch in einem solchen Falle der Gläubiger aus eigenem Interesse schon die Pfandentlassung verweigern. Indessen ist es doch möglich, daß er in Anbetracht, daß die noch verhaftet bleibenden Einzinser persönlich im Stande sein werden, die Forderung zu bezahlen, und bewogen durch Vortheile, welche der auf die Entlastung spekulirende Pfandschuldner ihm anerbietet, dieselbe bewillige und dann allerdings die Einzinser und Geschreiten in einen empfindlichen Schaden versetze, da er für sich nichts zu fürchten hat. In einem solchen Falle muß er den Schaden, den er veranlaßt hat, ersetzen. In so zweifelhaften Fällen wird er daher wohl thun, vorerst die Einwilligung der übrigen Betheiligten zu begehren. Erhält er dieselbe, so ist er von jeder weitern Verantwortlichkeit frei. (Vgl. Z. XXII, 96.)

D. Aufkündung der Schuldbriefe.

§ 379.

[831.] Wenn in dem Schuldbriefe nichts Anderes bestimmt ist, so hat die Kündigung der Forderung oder der Schuld je sechs Monate

vor dem Zahlungstermine zu geschehen. Jedoch gilt eine auf den ersten Mai erlassene halbjährige Kündigung als rechtzeitig geschehen, wenn sie nur vor dem zwölften Wintermonat des vorausgegangenen Jahres mitgetheilt worden ist.

1. Der Abschnitt über die Aufkündung der Schuldbriefe ist im Jahre 1854 großentheils nach den Anträgen von Oberrichter Gwalter aufgenommen worden, der auch sonst mit Bezug auf die Einzinser und Geschreiunngsverhältnisse das Gesetz durch seine Vorarbeiten wesentlich förderte.

2. Der zweite Satz des Paragraphen ist neu aufgenommen, entspricht aber altem zürcherischem Gewohnheitsrecht. (Z. I, 155, XIX, 201 Erw. 4.) Eine Kündigung auf Martini kann auch noch am 11. Mai rechtsgültig dem Adressaten übergeben werden.

3. Es genügt bei einer Einzinserei, daß die Kündigung rechtzeitig dem Trager zugestellt wurde; es ist nicht Sache des Gläubigers, dafür zu sorgen, daß jeder Einzinser von der erfolgten Kündigung Kenntniß erhalte. Die Anzeige des Tragers an die Einzinser ist rechtzeitig geschehen, wenn sie sofort nach Empfang der Kündigung, wenn auch vielleicht nach Beginn der 6 Monate geschah; Verzögerung macht den Trager den Einzinsern verantwortlich. (Z. V, 198; VII, 94; OG. 1884, Nro. 10.)

4. Wenn nach der Kündigung die Unterpfande einem Käufer zugefertigt werden, so muß der Gläubiger neuerdings diesem kündigen, wenn er sich für die Zahlung an ihn halten will. (Z. XX, 100.)

5. Die §§ 379 und 380 beziehen sich bloß auf eigentliche Schuldbriefe und diesen gleichstehende Grundversicherungen, nicht auf Kreditversicherungsbriefe. (Z. XXIII, 146, Erw. 2.)

6. Die oft gebrauchte Wendung: „Vier Jahre unkündbar, dann halbjährlich kündbar" oder dgl. bedeutet nicht etwa, daß auf den Ablauf der 4 Jahre 6 Monate vorher gekündigt werden könne, sondern daß frühestens auf 4 Jahre und 6 Monate gekündigt werden kann. (Z. I, 202.)

§ 380.

[832.] Sind keine anderen Zahlungstermine in dem Schuldbriefe festgesetzt, so gelten als zulässig der vertragsmäßige Zinstermin und die beiden landesüblichen Ziele Maitag und Martini.

1. Vgl. § 379, 5. Es stehen also möglicher Weise, wenn nichts über den Zahlungstermin festgesetzt worden, drei Termine den Betheiligten zur Auswahl offen. Ein auf den 1. Juli verzinsliches Kapital kann unter jener Voraussetzung auf den 1. Juli, oder auf Maitag oder auf Martini gekündigt werden.

2. Der Paragraph gilt nicht für grundversicherte Obligationen eines industriellen Unternehmens. (ZGR. I, 532.)

§ 381.

[833.] Ist die Forderung auf einen bestimmten Zahlungstermin ohne vorausgehende Kündigung zahlbar oder wird dieselbe auf einen bestimmten

Termin gekündigt, so kann die Zahlung innerhalb des nächsten Jahres nach diesem Termine jederzeit ohne weitere Kündigung gefordert beziehungsweise geleistet werden. Nach Jahresfrist bedarf es wieder der vorherigen Kündigung.

Dieser Grundsatz findet auch auf verabredete Theilzahlungen Anwendung.

1. Z. B. Eine versicherte Kaufschuld von zehntausend Franken soll in vier jährlichen Terminen je auf 1. Mai, ohne weitere Kündigung, abbezahlt werden. Die erste Rückzahlung im Betrag von zweitausendfünfhundert Franken ist im Jahr 1888 fällig. Der Gläubiger kann dieselbe auf 1. Mai 1888, aber auch von da an in jedem Zeitpunkt bis 1. Mai 1889 fordern, ohne daß er weiter zu kündigen braucht. Läßt er dieselbe aber über 1. Mai 1889 ausstehen, dann ist anzunehmen, er habe dieselbe auf unbestimmte Zeit weiter kreditirt und es ist nun nach §§ 379 und 380 eine vorherige Kündigung auf einen der offenen Termine nöthig.

2. Diese Jahresfrist steht dem Kreditor offen, auch wenn er inzwischen dem Schuldner einen Zins ohne Vorbehalt abgenommen hat. (B. XVII, 54, Nro. 65; XIII, 205, Nro, 6; 292, Nro. 2; Z. XVI, 288, Nro. 70.)

§ 382.

[834.] Die Unaufkündbarkeit der Schuldbriefe darf auch durch Vertrag auf Seite des Schuldners nicht über sechs Jahre, auf Seite des Gläubigers nicht über vierundzwanzig Jahre ausgedehnt werden.

1. Das frühere Gesetz bestimmte in § 650: „Die älteren Schuldbriefe, welche nach früherer Uebung auf Seite des Gläubigers unaufkündbar geworden sind, weil derselbe versäumt hatte, auf den vorgesehenen ersten Zahlungstermin zu kündigen, können in Zukunft auch vom Gläubiger gekündigt werden.“ (Vgl. Bluntschli, zürch. Rechtsgesch. II, 244.) Dies wurde als überflüssig gestrichen, weil kaum noch die Erinnerung an jene Uebung im Volke vorhanden ist.

2. Früher war die Aufkündung auf Seite des Gläubigers gehindert. Durch § 1 des Gesetzes vom 29. Brachmonat 1853 aber ist dieselbe auch dem Gläubiger gestattet und in Folge dessen hat die Stätigkeit des ganzen Verhältnisses einer größern Beweglichkeit weichen müssen. (Vgl. § 323, 1.)

3. Dies gilt nicht für Versicherungsbriefe. (Z. XIX, 204.)

E. Realisirung.

§ 383.

[837—842.] Die Realisirung des Pfandrechtes an Liegenschaften geschieht nach Maßgabe des Schuldbetreibungs- und des Konkursgesetzes.

1. Die hier ersetzten Paragraphen des alten Gesetzbuches normirten die Realisirung des Immobiliarpfandrechtes auf dem Wege des Zugsverfahrens, d. h. des Verfahrens, nach welchem die Liegenschaften nicht zur Versteigerung gebracht, sondern den Kreditoren des Konkursiten angeboten, und demjenigen von ihnen zugefertigt wurden, welcher die meisten grundversicherten Passiven damit übernahm. An dessen Stelle ist nun aber durch das Konkursgesetz vom 23. August 1871 das Gantverfahren gesetzt worden.

2. Maßgebend sind gegenwärtig die §§ 116—142 des zürcherischen Rechtstriebsgesetzes vom 23. August 1871 und die §§ 65 und 71 des obgenannten Konkursgesetzes. Es steht aber ein eidgenössisches Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz in naher Aussicht.

§ 384.

[779, 843.] Bei verzinslichen Forderungen haftet das Unterpfand höchstens für drei ausstehende Zinse außer dem laufenden.

Indessen gelten die während des Konkurses oder der Zwangsversteigerung fällig werdenden Zinse als versichert, auch wenn sie mit den bei der Konkurseröffnung oder dem Eintritte der Zwangsversteigerung ausstehenden fälligen Zinsen zusammen den Betrag von drei Jahreszinsen übersteigen.

1. Vgl. §§ 310, 332 b. Das Stadt- und Landrecht (Th. X, § 32, Th. IX, § 9) hatte ein Pfandrecht für vier ausstehende Zinse gewährt. Die Beschränkung auf drei geschah im Interesse des Bodenkredites, da die Ungewißheit darüber, wie viel Zins ausstehe, vermindert und zugleich der dem Gläubiger wie dem Schuldner schädlichen Fahrlässigkeit im Ausstehenlassen fälliger Zinse entgegengewirkt wurde. Unter drei Zinse herabzugehen, schien nicht gerechtfertigt. Insbesondere wurde auf die schwierige Lage der Weinbauern aufmerksam gemacht, die leicht zwei bis drei Fehljahre hinter einander erfahren und erst im vierten in den Stand gesetzt werden, dann vier Zinse zumal zu bezahlen. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß der Gläubiger unter solchen Verhältnissen dennoch den Schuldner nicht drängen werde; denn ein sorgfältiger und gar ein ängstlicher Gläubiger würde ja durch das Gesetz, welches mit dem Verlust des Pfandrechtes droht, gedrängt, den Schuldner früher zu betreiben, und insbesondere die zahlreichen Vormünder und Verwalter von fremden Kapitalien müßten um ihrer eigenen Verantwortlichkeit willen unbillige Härte üben.

2. Ist einmal der Konkurs ausgebrochen, so hat der Gläubiger kein anderes Mittel, die Zinse einzutreiben, als die, welche die Liquidation des Konkurses selbst ihm verschafft. Er muß somit den Gang desselben abwarten. Das Bedenken, daß die Zinse ins Ungemessene anschwellen können, ist nicht hoch anzuschlagen, da unser Konkursverfahren zu baldiger Liquidation führt und insbesondere die grundversicherten Gläubiger nicht Jahre lang auf Erledigung warten müssen.

3. Zwangsversteigerung s. Rechtstriebsgesetz §§ 121—142. Das Nämliche gilt wohl auch für den Fall der Sistirung des Rechtstriebes durch Bewilligung des beneficium inventarii.

4. Der Paragraph enthält, obgleich in der Referendumsausgabe angestrichen, doch kein neues Recht.

Drittes Kapitel.

Verkehr mit Schuldbriefen.

§ 385.

[844.] Schuld- und Pfandbriefe können auch ohne Vorwissen und Zustimmung des Schuldners von dem Pfandgläubiger beliebig veräußert und verpfändet werden.

Ausgenommen sind die Versicherungsbriefe der Ehefrauen für ihr Weibergut (§ 592 lit. c).

1. Es gilt das in vorzüglichem Sinn von den eigentlichen Schuldbriefen (§ 330), aber nicht ausschließlich von diesen. Man kann auch z. B. einen Kaufschuldbrief veräußern oder versetzen, nur freilich läuft der Erwerber mehr Gefahr, daß ihm Einreden entgegen gesetzt werden.

2. In diesem Verkehr mit den Schuldbriefen, der sich mit ähnlicher, zum Theil mit noch mehr Freiheit bewegt, wie anderwärts der Verkehr mit Staatspapieren und ähnlichen Effekten zeigt sich recht anschaulich, wie in der neuern Rechtsbildung im Gegensatze zu der römischen die gegenständliche Bedeutung der Forderung hervortritt, so sehr, daß in manchen Beziehungen das sachenrechtliche Schicksal des Schuldbriefs als eines Werthpapiers die persönliche (obligatorische) Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner bestimmt. Wenn A seinen Schuldbrief auf B an C verkauft und dem C übergibt (tradirt), so wird C sofort der Gläubiger des B, auch bevor und ohne daß B von der Uebertragung weiß. (Vgl. §§ 390, 391.)

3. Versicherungsbriefe. Vgl. § 592. Der Versicherungsbriefe zu Gunsten der minderjährigen Kinder für ihr Muttergut oder anderes Erbgut (vgl. §§ 672 und 775) wird deßhalb nicht gedacht, weil diese Briefe in die Schirmlade gelegt werden müssen und daher der Gefahr der Veräußerung oder Verpfändung entrückt sind.

4. Ohne Vorwissen des Schuldners. Ueber die Frage, ob Art. 215 des schweiz. OR. auch für die Verpfändung eines mit Immobiliarpfandrecht gedeckten Schuldtitels maßgebend, ob also zu einer solchen Verpfändung nothwendig sei, daß der Schuldner davon benachrichtigt und die Verpfändung schriftlich beurkundet werde, ferner ob diese Schuldtitel bewegliche Sachen im Sinne der Art. 199 ff. und 210 daselbst seien, wird unter den Juristen gestritten. Sie ist bejaht worden in einem Gutachten von Ständerath Hoffmann in St. Gallen i. S. der Appenzellischen Zeddel, verneint von Bundesrichter Dr. Hafner in Lausanne in einem Gegengutachten und ebenso von Schneider in seinem Kommentar zum schweiz. OR. Art. 215, 5 an der Hand des § 198 OR. Das zürcherische Gesetz hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen.

§ 386.

[neu.] Auch dem Schuldner selbst steht die Veräußerung und die Verpfändung eines abbezahlten, aber unversehrt in seine Hand übergegangenen Schuldtitels zu.

1. Dieser Paragraph steht in geradem Gegensatz zum bisherigen zürcherischen Rechte, entspricht aber einem längst ausgesprochenen Bedürfniß, daß sich auch vielfach durch Umgehung des bisherigen Gesetzes Befriedigung zu verschaffen gewußt hat. Das bisherige Recht hatte auf den Schuldbrief die Regeln des Obligationenrechtes in Anwendung gebracht, nach denen das Zusammenfallen von Kreditor- und Debitorschaft in einer Hand die Obligation tilgt; der moderne Verkehr aber behandelte den Schuldbrief als ein Werthpapier, dessen Verhältnisse einzig aus dem Inhalt der Urkunde selbst zu beurtheilen sind und nicht durch außer demselben liegende obligationenrechtliche Vorgänge alterirt werden können. Diese letztere Anschauung ist nun adoptirt worden. Eine weitere Konsequenz derselben sind die §§ 396 und 398. Der Bericht der Kommission an den Regierungsrath erklärt, es sei ihr Bestreben gewesen, „den Schuldbrief überhaupt von seiner Verbindung mit der Person des Schuldners möglichst abzulösen und damit zu einem verkehrsfähigeren Werthpapier zu erheben.“ Die Kommission ist damit nur einen Schritt weiter gegangen auf der Bahn, welche schon durch das Gesetz über Ablösung grundversicherter Schulden vom 29. Juni 1853 betreten worden war.

2. Findet sich unter den Aktiven eines Konkursiten ein ungelöschter Brief, dessen Schuldner der Konkursit selbst ist, so wird derselbe nunmehr gelöscht, ausgenommen, wenn er verpfändet ist; in diesem Falle kann er nur insoweit gelöscht werden, als sein Betrag denjenigen, der auf ihm haftenden Forderung übersteigt.

§ 387.

[neu.] Der Erwerb eines Kreditversicherungsbriefes verpflichtet den Erwerber nicht, dem Schuldner einen über den Betrag des erworbenen Guthabens hinausgehenden Kredit zu gewähren.

1. Dieser Paragraph ist das Gegenstück zu § 362. (Vgl. Z. XXV, 406.) Durch denselben wird der Cedent von seiner Verpflichtung, dem Schuldner bis auf den Betrag des Schuldtitels Kredit zu gewähren, nicht entbunden. Der Cedent wird daher wohl regelmäßig bei der Cession auch diese Verpflichtung dem Cessionar mit überbinden; aber auch der Schuldner ist nicht verpflichtet, in dieses Verhältniß mit dem Cessionar einzutreten. Daher wird eine solche Cession wohl nur dann vorgenommen werden, wenn der Kredit bereits erschöpft ist. Wie das Obergericht in seiner Antwort an Notar Karrer erklärt hat, braucht in diesem Fall keineswegs von der Abtretung Vormerk am Protokoll oder in der Schuldurkunde genommen zu werden. Für den Fall dagegen, daß der Kredit nicht erschöpft ist und das Kreditverhältniß auf den Cessionar übergehen soll, ist die Mitwirkung des Notars zur Cession in der Weise erforderlich, daß dieser sowohl vom Schuldner als vom Cessionar eine Erklärung über ihre Zustimmung zur Uebertragung des Verhältnisses auf den Letzteren entgegen nimmt und davon im Schuldinstrument Vormerkung macht.

§ 388.

[845.] Die Veräußerung und Verpfändung geschieht nach den Grundsätzen, welche von der Veräußerung und Verpfändung der beweglichen Sachen gelten, in dem Sinne, daß der Uebergang und die Verhaftung der versicherten Forderung an die Uebergabe des Besitzes und die Uebertragung des Eigenthums oder die Bestellung eines Pfandrechtes an der Urkunde gebunden ist.

Eine Vormerkung der Uebertragung in dem Schuldbriefe ist nicht nothwendig.

1. Es sind demnach für die Veräußerung maßgebend die Art. 199—209 des schweiz. OR., für die Verpfändung die Art. 210, 212, 213, 216—223 daselbst; (vgl. § 225, 4 betr. Art. 215). Die Verpfändung kann danach nur noch auf dem Wege des Faustpfandes stattfinden. Dagegen ist nach Art. 886 daselbst die gerichtliche Pfändung eines Schuldbriefes in der Form des § 56 des Rechtstriebsgesetzes vorzunehmen.

§ 389.

[neu.] Wer auf Grund der Bestimmung des § 386 einen abbezahlten aber nicht gelöschten Schuldbrief von dem Schuldner selbst empfangen hat, muß sich in gleicher Weise wie im Falle des § 347 die Einrede gefallen lassen, daß das von ihm beanspruchte Recht nicht bestehe.

1. Diese Einrede muß dem Schuldner gegenüber einem von ihm nur cedirten Schuldbriefe gerade so gut zustehen, wie gegenüber einem von Anfang an zu Gunsten des jetzigen Inhabers errichteten. Immer aber hat der Schuldner den Beweis seiner Einrede zu leisten, die Vermuthung spricht für die Existenz der Schuld. Der Paragraph ist erst von der Redaktionskommission beigefügt worden, damit nicht etwa angesichts der §§ 390 u. f. Zweifel hierüber entstehen.

§ 390.

[800, 846.] Im Uebrigen hat, wer einen Schuldbrief in gutem Glauben empfangen und erworben hat, dem Schuldner gegenüber auch dann ein Recht auf volle Anerkennung seines urkundlichen Inhaltes, wenn dem Veräußerer Einreden, die sich nicht auf die Urkunde stützen, entgegengestanden wären. Insbesondere kann sich der Schuldner gegenüber einem gutgläubigen dritten Erwerber des Schuldbriefes nicht darauf berufen, daß das Geld, wofür das Pfandrecht gefertigt worden, nicht bezahlt, oder daß die Schuld eine bloß simulirte oder daß dieselbe ganz oder theilweise abbezahlt sei.

1. Bloß simulirte. Die Simulation setzt ein Scheingeschäft voraus zwischen dem genannten Gläubiger und dem Schuldner. Anders wäre es, wenn etwa ein unredlicher Landschreiber einen Schuldbrief ohne Vorwissen des angeblichen Schuldners fingirte und in den Verkehr brächte. Auch ein solcher Brief kann in die Hand eines redlichen Erwerbers kommen. Aber wenn der von dem Landschreiber geübte Betrug nachgewiesen werden kann, so ist der genannte Schuldner hier von Schuld und Pfandrecht frei, und der betrogene Erwerber kann sich nicht an den letztern, sondern er muß sich an den erstern halten. Der Unterschied in der Behandlung dieses und des in dem Paragraphen bezeichneten Falles liegt darin, daß nur, wenn der Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks bei der Bestellung des Pfandrechts mitwirkt, die Unterlage gleichsam der Ansatz zu der wirklichen Verpfändung gegeben ist, welcher durch Hinzutritt der Eigenschaft — der Eintragung zu Protokoll und der öffentlichen Beglaubigung — zu einer wirklichen und wirksamen Pfandverschreibung werden kann, daß dagegen, wenn lediglich der Landschreiber oder ein unberufener Dritter (ein Fälscher) das Pfandgeschäft fingirt hat, es auch an der nothwendigen Unterlage fehlt, ohne welche die Eigenschaft kein wirkliches Rechtsverhältniß hervorbringen kann. Die Glaubwürdigkeit des Grundprotokolls und der Urkunde findet hier die Grenze, die sie nicht überschreiten darf, ohne in offenbares Unrecht zu verfallen.

2. Vgl. § 395. Die Autorität der beglaubigten Urkunde ist so stark, daß sie die darin aufgenommene Forderung gegen jede anderweitige Anfechtung und Einrede schützt, die nicht schon in der Urkunde selbst einen Anhalt findet. Z. B. Der grundversicherte Darlehensgläubiger A hat dem B versprochen, er werde statt des in dem (eigentlichen) Schuldbrief ausdrücklich bestimmten Zinsfußes von fünf Prozent sich in Zukunft mit vier Prozent begnügen (U. 1282) oder ihm, wenn er das Kapital sofort in Baar abzahle, zehn Prozent erlassen. Nachher veräußert A den Schuldbrief an C, ohne ihm von jenem Zinsvertrag oder diesem bedingten Schulderlaß Kenntniß zu geben. Dem C gegenüber kann B die Einreden nicht stellen, die er dem A hätte entgegensetzen können, wenn A sich an den Wortlaut des Schuldbriefs hätte halten wollen. Ist aber die Forderung des A aus Verkauf entstanden und durch einen Kaufschuldbrief versichert, so kann der Schuldner wohl auch gegen C als den Rechtsnachfolger des A die aus dem Kaufvertrag abzuleitenden und in diesem Schuldbrief vorbehaltenen Einreden geltend machen. (Z. IV, 285; XVI, 8 Erw. 10.)

3. Einem gutgläubigen Erwerber. Es können also jedem Erwerber nur solche Umstände entgegengehalten werden, welche er zur Zeit der Erwerbung des Briefes gekannt hat oder nach den Umständen, unter welchen sie stattfand, hätte kennen sollen, gleichviel ob viel oder wenig für den Brief bezahlt worden ist. (B. V, 348, Erw. 1; VIII, 243, Nro. 50; 305, Nro. 12; XIX, 330 Z. VIII, 112; 268; 314; 465; IX, 293; XVI, 105; XXIII, 379; ferner U. 1276.) Die Vermuthung spricht für den guten Glauben. (U. 1277.)

4. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines Schuldbriefs gegenüber dem Schuldner hat aber nicht den Sinn, daß sich der Schuldner auch einen unrichtigen — sei es durch den Notar gefälschten oder aus Versehen aufgenommenen — Inhalt des Schuldbriefs gefallen lassen muß. Z. B. In einem Schuldbrief wurde durch einen Schreibfehler die Unverzinslichkeit einer Schuld auf so lange, als der Kreditor lebe, bestimmt, statt auf so lange als der Debitor lebe. Als der Erbe des Gläubigers den Schuldner auf Zinsen belangte, wurde die Einwendung des letztern für begründet erklärt. (Z. VI, 282.)

5. Dritten Erwerber. Ein solcher ist der Erbe des ursprünglichen Gläubigers nicht, für ihn gilt § 347.

6. Das gilt auch, wenn dem Erwerber der Liegenschaften der Inhalt des Schuldbriefes nicht gehörig mitgetheilt worden ist. (B. V, 348; X, 390; Z. XIII, 310.)

7. Dieser Ausschluß von Einreden bezieht sich nicht auf die Forderung verfallener Zinsen, da die Existenz dieser Forderung nicht aus der Urkunde selbst hervorgeht. (Z. XVIII, 101, Erw. 2; 128.)

§ 391.

[847.] Der gutgläubige Besitz des Schuldbriefes begründet dem Schuldner gegenüber, soweit sich nicht aus den Umständen Zweifel ergeben, zunächst die Vermuthung, daß dem Besitzer desselben das von ihm behauptete Recht an der Urkunde zustehe. Im Uebrigen sind die Schuldbriefe nicht als Papiere auf den Inhaber zu behandeln.

1. Der Verkehr mit Schuldbriefen, der nach sachenrechtlichen Grundsätzen beurtheilt (§ 388) wird, hat sich allerdings bei uns dem Verkehr mit Papieren auf den Inhaber angenähert. Die Grundsätze der obligatorischen Cession sind schon lange verlassen worden im Gefühl der entscheidenden Wichtigkeit der Urkunde, welche die Forderung gewährleistet und gleichsam einschließt. In gewissem Sinne wirkt hier der Besitz sogar stärker als bei andern Sachen, indem aus dem Besitz eines Schuldbriefes auch das Recht an demselben vermuthet wird, während doch sonst nur für den gutgläubigen, nicht auch für den rechtmäßigen Besitz eine Vermuthung besteht (§ 76). Indessen ist die letztere Abweichung von der sonstigen Besitzlehre geringer als sie scheint. Jene Vermuthung wirkt nur gegenüber dem Schuldner, der außer Stande ist, Zweifel dagegen klar zu machen, dem gegenüber es sich ja nur um Geltendmachung der an sich liquiden Schuldforderung gewissermaßen um Ausübung des wirklichen Besitzes handelt und nicht gegenüber einem Dritten, wenn etwa jener Besitz verloren gegangen und an diesen gelangt ist, auch nicht gegenüber dem vindizirenden Eigenthümer. Dessenungeachtet ist der Verkehr mit Schuldbriefen doch nicht dem mit Inhaberpapieren völlig gleich. Bei diesen, die ihrer ganzen Form nach von der Person des Gläubigers absehen und den jeweiligen Inhaber des Papiers als Gläubiger erklären, wird nicht bloß die leicht anzufechtende Vermuthung für das Recht der Forderung aus dem Besitz gefolgert, sondern das Recht selbst. Bei jenen dagegen, deren Form auf eine bestimmte Person des (ursprünglichen) Gläubigers hinweist, ist nur so lange für das Recht zu vermuthen, als nicht Zweifel dagegen sich erheben. (B. XIX, 58; 144, Erw. 3.) Wenn also z. B. ein Schuldbrief verloren oder gestohlen und von dem zu Verlust gekommenen Eigenthümer ausgeschrieben wird und nun ein vielleicht redlicher Besitzer desselben die Forderung einklagt, so wird diesem der Schuldner mit Grund die Zahlung weigern, bis er sich über seinen Eigenthumserwerb ausgewiesen oder jener seine Ansprüche darauf aufgegeben hat. Anders wäre es, wenn das gestohlene oder verlorene Inhaberpapier in die Hände eines redlichen Besitzers gelangt wäre. Auch ist die Vindikation eines Schuldbriefes leichter durchzusetzen als die eines Inhaberpapiers.

2. Gutgläubig. Vgl. Z. XVI, 289.

Viertes Kapitel.

Untergang des Pfandrechtes.

§ 392.

[neu.] Die gesetzlichen Pfandrechte gehen mit dem Ablaufe der Zeitdauer, für welche sie verliehen sind, ohne Weiteres unter.

Vorbehalten bleibt für die in § 332 lit. d. und e. bezeichneten Fälle das Recht, denselben durch Aufprotokollirung weiteren Fortbestand zu sichern.

1. Die gesetzlichen Pfandrechte s. § 332. Betreffend den Vorbehalt s. § 333.

§ 393.

[850.] Ebenso erlöscht ein ausdrücklich nur für eine bestimmte Zeit bestelltes Pfandrecht, z. B. eine Kaution für eine Anzahl Jahre, mit Ablauf dieser Frist ohne Weiteres.

1. In diesem Falle ist das Pfandrecht durch die Bestellung selbst in seiner Dauer begrenzt und das Ende aus dem Grundprotokoll und dem Brief zu ersehen.

2. So erlischt die Leibdingsversicherung mit dem Tode des Leibdingnehmers und ist daher nachher, auch wenn der Versicherungsbrief verloren sein sollte, ein Aufruf und eine Amortisation desselben nicht nothwendig. (Z. VII, 98, Nro. 46; IX, 307, Nro. 63; XIX, 203.)

§ 394.

[848.] Abgesehen von dem Falle des § 393 und demjenigen der Zwangsabtretung des Unterpfandes kann eine bestellte Grundversicherung nur durch kanzleiische Löschung getilgt werden.

1. Der Paragraph enthält altes Recht; nur die Redaktion desselben ist eine neue.

2. Der Untergang der Grundversicherung entspricht ihrer Entstehung. (Vgl. § 325.) Ist der Schuldner und der Pfandbesitzer nicht mehr zu ermitteln, so ist zum Behuf der Schuldenbereinigung die Löschung zu verfügen (Z. I, 202, X, 357.)

3. Zwangsabtretung s. § 247, § 354, 1, 3.

4. Obergerichtliche Verordnung s. § 345, 6.

§ 395.

[849.] Der Schuldner hat das Recht, bei Theilzahlung amtliche Abschreibung der Zahlung sowohl im Grundbuche als in der Schuldurkunde zu verlangen. So lange die Abschreibung nicht erfolgt ist, erscheint der

gutgläubige Besitzer des Schuld- oder Pfandbriefes als berechtigt, dem Schuldner und dem Geschreiten gegenüber den Inhalt der unversehrten Urkunde als noch fortwirkend zu betrachten.

1. Der Paragraph enthält nur eine neue Redaktion, kein neues Recht. (Vgl. §§ 390).

2. Z. B. A ist grundversicherter Gläubiger des B für eine Forderung von sechstausend Franken, welche in drei jährlichen Terminen je zu zweitausend Franken abbezahlt werden soll. B zahlt in zwei Terminen zusammen viertausend Franken an A und läßt sich beide Zahlungen quittiren, aber versäumt die Abschreibung in dem Schuldbrief — beziehungsweise in dem Grundprotokoll — vornehmen zu lassen. Würde A oder dessen Erben später die volle Summe von sechstausend Franken gestützt auf den Schuldbrief verlangen, so könnte B diesen gegenüber allerdings die Einrede der geleisteten Zahlung von viertausend Franken erheben. Hat aber A den Schuldbrief als vollgültig an C veräußert und war C nicht unterrichtet von den geschehenen Theilzahlungen, so kann C gegen B die ganze Forderung einklagen und braucht sich jene Einrede nicht gefallen zu lassen.

3. Gutgläubig. Der gute Glaube fehlt, sobald auch nur im Allgemeinen dem Besitzer beim Erwerb des Briefes bekannt war, daß Abzahlungen am Briefe gemacht worden seien. (B. XIX, 332, Erw. 3; Z. VIII, 465 ff.; IX, 293, Nro 51; XVI, 289.)

4. Der Trager hat die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß die Abschreibung geschehe. (Z. XVIII, 84.)

§ 396.

[836.] Bei gänzlicher Abzahlung der Schuld in Kapital und Zins ist der Gläubiger verpflichtet, dem Schuldner die Schuldurkunde unentkräftet herauszugeben, und ihm außerdem auf Verlangen, je nach dessen Wahl, entweder einen besonderen Empfangschein für die geleistete Zahlung oder einen Abtretungsschein, welcher die Bescheinigung dieser Zahlung enthält, auszustellen.

In letzterem Falle hat der Abtretende dem Erwerber keinerlei Gewähr zu leisten.

1. Das ist eine wichtige materielle Neuerung. Nach dem bisherigen § 849 hatte der Schuldner, welcher die Schuld abzahlte, bis dahin nur das Recht, Herausgabe der entkräfteten Pfandurkunde und Löschung im Protokoll zu verlangen. Dieser Satz, der früher ausnahmlos galt, wurde durch Gesetz vom 29. Juni 1853 § 2 dahin abgeändert, daß der Gläubiger verpflichtet wurde, dann wenn der Schuldner aus dem Gelde eines Dritten zahlte, ihm den Schuldbrief behufs Cession an den Dritten unentkräftet herauszugeben. Diese Bestimmung wurde dann auch in das privatrechtliche Gesetzbuch aufgenommen, als § 836. Eine solche Herausgabe hatte für den Schuldner den großen Vortheil, daß er bei späterem Geldbedarf nicht einen neuen Schuldtitel anloben und bezahlen mußte, was zudem in den meisten Fällen nicht einmal mehr im Range des früheren Pfandrechtes möglich gewesen wäre, so kam es, daß die abzahlenden Schuldner regelmäßig (schon der Rechenschaftsbericht des Obergerichtes über das Jahr

1860, p. 21, sagt: häufig) aus dem Gelde eines Dritten zu zahlen erklärten, worauf der Gläubiger stets ohne Weiteres den Brief unentkräftet sei es mit einem Cessionschein „im Sinne des § 836" oder auch ohne einen solchen herausgab. Indem der neue Paragraph den Schuldnern allgemein das Recht gibt, den abbezahlten Brief unentkräftet heraus zu verlangen, ist er den bestehenden Verkehrsanschauungen gerecht geworden. Der zürcherische Schuldbrief ist damit auch rechtlich den verwandten neueren Rechtsinstituten anderer Kantone wie Appenzell, Luzern genähert worden. Es ist also damit, wie der Bericht der Kommission an den Regierungsrath hervorhebt, ausgesprochen, daß der Grundsatz des Untergangs einer Forderung durch Zusammenfallen ihrer beiden Subjekte in einer Hand auf den Schuldbrief keine Anwendung finde. (Vgl. § 386 1.) Konsequenter Weise mußte nun der frühere § 851, wonach beim Zusammenfallen von Gläubiger- und Schuldnerschaft oder von Eigenthum am Schuldbrief und Eigenthum an den Unterpfändern der Gläubiger verpflichtet war, den Schuldbrief kanzleiisch löschen zu lassen, gestrichen werden.

2. Da die Unterpfänder auch für die Nebenforderungen haften, ist der Gläubiger erst dann verpflichtet, den Schuldtitel herauszugeben, wenn er nicht nur für Kapital und Zins, sondern auch für die zum Einzug der Forderung verwendeten nothwendigen Auslagen Ersatz erhalten hat. (B. XIII, 205, 357; XIV, 29.)

§ 397.

[852.] Ist der Pfandbrief ohne Löschung verloren oder zerstört oder gestohlen worden, oder haftet auf einem Grundstücke nach der Angabe des Grundbuches eine Pfandschuld, deren Gläubiger nicht mehr aufgefunden werden kann, so kann die Löschung nur nach vorheriger gerichtlicher Amortisirung vorgenommen werden.

Im ersteren Falle ist der Schuldner vor vollendeter Amortisirung nicht zur Zahlung an den Gläubiger, sondern nur zu gerichtlicher Deponirung der anerkannten Schuld verpflichtet.

1. Einer gerichtlichen Amortisation bedürfen Leibdingsversicherungsbriefe nach dem Tode des Leibdingnehmers nicht, s. § 393, 2, noch auch bloße Garantieurkunden. (Z. XII, 158; XIII, 285; XX, 235.) Ebenso nicht Kreditversicherungsbriefe, welche zur Deckung eines Konto-Korrentes errichtet wurden, nach OG. 1883, Nro. 81; 1885, Nro. 104. Nachdem nun aber durch § 387 die Cedirung auch eines solchen Kreditversicherungsbriefes erleichtert worden ist, dürfte doch auch da eine gerichtliche Amortisation am Platze sein; diese Ansicht ist auch in der Kommission von mehreren Seiten ausgesprochen worden.

2. Amortisation. Ueber das Verfahren s. Verordn. des Obergerichts vom 14. Mai 1840, Off. S. Bd. VI, 163 und Gesetz betr. die Rechtspflege vom 2. Dez. 1874, § 108, Ziff. 6 und 7. Es hat dafür ein gerichtlicher öffentlicher Aufruf stattzufinden. (Vgl. § 350.)

3. Der Aufruf eines verlorenen Briefes, von welchem im Protokoll des Stadtrathes stand, daß er entkräftet vorgewiesen worden sei, wurde als überflüssig unterlassen. (Z. IX, 305.)

4. Wo das Amortisationsverfahren nicht möglich ist, etwa weil die Schuldurkunde nicht wenigstens ihrem wesentlichen Inhalte nach aus öffentlichen Glauben genießenden Akten mit Sicherheit ersichtlich ist (§ 4 der obergerichtlichen Verordn.), da kann die Löschung nur auf dem Wege der Vereinigung des Grundprotokolls vorgenommen werden. (Siehe Gesetz über die Vereinigung des Grundprot. vom 20. April 1854, Off. S. Bd. IX, 465 u. obergerichtl. Verordn. dazu, Bd. X, 331.)

§ 398.

[853.] Der Pfandgläubiger muß sich die Errichtung einer oder mehrerer neuer Titel an Stelle eines ihm vorgehenden und zu löschenden Pfandrechtes gefallen lassen, insofern der Eigenthümer der Unterpfande ein solches Begehren sofort bei der Löschung stellt und die neuen Titel zusammen den Betrag des bisherigen Vorstandes nicht übersteigen.

Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so rückt infolge der Löschung einer Grundversicherung der nachfolgende Gläubiger vor.

1. Der erste Absatz dieses Artikels enthält eine wichtige Neuerung, eine Konsequenz der neuen den §§ 386 und 396 zu Grunde liegenden Anschauung. Der alte § 853 sprach ganz allgemein den Satz aus: „Durch die Löschung einer Grundversicherung rückt der nachfolgende Gläubiger vor.“ Immerhin hatte schon das Vereinigungsgesetz vom April 1854 (s. § 397, 4) in § 15 bestimmt, daß bei Vereinigungen „die Eigenthümer jüngerer Schuldtitel sich die Vorstellung einer Summe gefallen lassen müssen, welche die Summe der ihnen vorgestellt gewesenen und nunmehr abbezahlten Kapitalschulden nicht übersteigt.“ Allein außer diesem Falle bestand eine solche Verpflichtung nicht, und dieser Umstand trug wohl am meisten zu der schon im Jahre 1860 vom Obergerichte in seinem Rechenschaftsberichte beklagten Erscheinung bei, daß abbezahlte Schuldbriefe nicht im Notariatsprotokoll gelöscht wurden. (Vgl. § 386, 1, § 396 1.) Das Leben suchte sich auf diese Weise gegenüber dem s. Z. dem Wesen des Schuldbriefes ganz angemessenen, nun aber veralteten Gesetze zu helfen.

Die regierungsräthliche Kommission kam dann zuerst bei Anlaß der Einzinsereien zu dem Entschlusse, dies zu ändern. Um die Umwandlung der Einzinsereien in getrennte Einzelschulden zu erleichtern, stellte sie den Satz auf, daß an Stelle der Einzinsereiraten, in gleichem Rang mit diesen, Einzelschuldbriefe über die entsprechenden Beträge errichtet werden können. Aber sie überzeugte sich sofort, daß dieses Bedürfniß auch sonst vorhanden sei, und daß erst mit der allgemeinen Fassung, welche jetzt dem § 398 gegeben ist, das Gesetz wieder mit dem Leben in Einklang gebracht und dessen künftige Umgehung vermieden werden könne. Der zürcherische Schuldbrief nähert sich damit dem appenzellischen Zeddel, der im ersten, zweiten u. s. w. „Pfandloch“ errichtet wird (primo, secundo etc. loco), unterscheidet sich aber insofern noch von diesem, als er immer noch im Range vorrückt, sobald nicht sofort bei der Löschung das Begehren um Errichtung eines neuen Schuldtitels von gleichem Range gestellt wird, während dort das Pfandloch von selbst offen bleibt, bis es eigens geschlossen wird.

Achter Abschnitt.

Von der Eintragung von Mieth- und Pachtverträgen in das Grundbuch.

§ 399.

[1512, 1523]. Besondere Verabredungen zwischen Miether und Vermiether, Pächter und Verpächter, sei es über Erlöschen und Fortsetzen der Miethe, sei es über Kündigungsfristen, können durch Eintragung in das Grundbuch auch Dritten gegenüber wirksam gemacht werden.

1. Die §§ 399 und 400 enthalten nicht neues Recht, sondern nur eine neue Redaktion und neue Einreihung der bisherigen Bestimmungen. Die Mieth- und Pachtverträge stehen nämlich nunmehr unter dem schweiz. Obligationenrechte Art. 274—320. Art. 281 Abs. 3 desselben aber bestimmt: „Die besonderen Wirkungen der Eintragung des Miethvertrages in öffentliche Grundbücher bleiben nach kantonalem Rechte vorbehalten" und Art. 314 Abs. 3 sagt: „Der Vorbehalt von Art. 281 Abs. 3 gilt auch rücksichtlich der Pacht." Da aber nunmehr alle übrigen Miethe und Pacht betreffenden Paragraphen des zürcherischen Rechtes dahingefallen sind, erschien es passend, den einzigen Zusammenhang, welchen jene Bestimmungen hier noch haben, den mit den übrigen Einträgen in das Grundprotokoll, zu benutzen und sie diesen anzuschließen.

2. Dritten gegenüber, m. a. W. die Verabredungen erhalten durch die Eintragung in das Grundbuch dinglichen Charakter. (Z. XVIII, 149; XXIV, 403.)

3. Der Miether oder Pächter kann die Eintragung nur dann verlangen, wenn sie ihm vom Vermiether oder Verpächter schriftlich zugesagt worden ist. (Z. XXII, 171, schweiz. OR. Art. 275.)

§ 400.

[1546.] Hat auf diese Weise der Miether oder Pächter sich auch einem neuen Erwerber des Mieth- oder Pachtobjektes gegenüber die Fortsetzung des Mieth- oder Pachtverhältnisses bis zum Ablaufe der bedungenen Zeit gesichert, so kann er auch im Konkurse des Vermiethers oder Verpächters nicht früher verdrängt werden, außer wenn bei der Versteigerung auf den Fall der Fortdauer der Miethe oder Pacht nicht so viel geboten wird, als zur Deckung der der Eintragung vorgehenden Forderungen nothwendig ist.

1. Vgl. § 399, 1, 2. Der Eintrag ins Grundbuch nöthigt auch den neuen Eigenthümer, die Fortdauer der Pacht auf so lange anzuerkennen, als sie bestellt ist. Ist das Pfandrecht des versicherten Gläubigers später entstanden, als das dingliche Pachtrecht, so ist dasselbe jenem in seinem Schuldbriefe vorgestellt worden, und kann er sich

daher über die vorausgesehene Beschränkung seiner Sicherheit nicht beschweren. Ist dagegen der Schuldbrief früher entstanden als die Dinglichkeit der Pacht, so braucht sich der Gläubiger bei der Realisirung seines Pfandrechtes um die spätere dingliche Beschwerde nicht zu bekümmern.

Neunter Abschnitt.

Von dem Pfandrechte an beweglichen Sachen.

A. Selbstpfändung.

§ 401.

[871.] Gast- und Schenkwirthe sind zur Selbstpfändung befugt, wenn Gefahr ist, daß ihre Gäste die gegen Baarzahlung gelieferten Speisen, Getränke und die übrige laufende Wirthsrechnung nicht gehörig und rechtzeitig bezahlen werden.

1. Der bisherige Abschnitt des privatrechtlichen Gesetzbuches über die Bestellung des Faustpfandes durch freiwillige Verpfändung (§§ 854—869) ist weggefallen, weil dafür nunmehr die Art. 210—223 des schweiz. OR. maßgebend sind. Es ist dem zürcherischen Rechte mit Bezug auf das Faustpfandrecht nur noch die Möglichkeit der Begründung eines solchen durch Selbstpfändung, d. h. durch eine vom Rechte dem Gläubiger erlaubte eigenmächtige Wegnahme beweglicher Sachen, geblieben. Diese Selbstpfändung ist eine noch fortbestehende Anwendung der ursprünglich in viel weiterem Umfang als heute zugelassenen Selbsthülfe, gerechtfertigt durch den Umstand, daß in den betreffenden Fällen die richterliche Hülfe viel zu spät kommen, und ihre Anrufung auch im Vergleich zu den gewöhnlich in Frage kommenden Schuldbeträgen zu umständlich sein würde.

2. Das frühere Gesetzbuch hatte in § 870 noch einen andern Fall der Selbstpfändung bestimmt; es gab nämlich dem Besitzer eines ländlichen Grundstückes ein solches Recht für den Fall, daß fremdes Vieh auf demselben Schaden zufügt und für den Fall, daß ein Dritter seinen Besitz stört oder sein Gut schädigt. Der erstere dieser beiden Fälle ist nun durch das schweiz. OR. Art. 66 normirt und von demselben auf den Besitzer jedes Grundstücks ausgedehnt worden; der zweite wurde als bedeutungslos und im Volksbewußtsein verschwunden, gestrichen.

3. Wie schon in der Kommission von 1854, so wurde auch wieder bei der Revision des Gesetzbuches der Antrag gestellt, auch den Kostgebern ein Selbstpfändungsrecht einzuräumen, und zwar für das Kostgeld der letzten 3 Monate. Es wurde aber dagegen gesagt, daß für eine eigentliche Selbstpfändung in einem solchen Falle in der Regel kein Objekt vorhanden sei, und bezweifelt, ob der Kanton noch befugt wäre,

neben den im schweiz. OR. bestimmten Retentionsrechten noch ein neues aufzustellen; auch wurde darauf aufmerksam gemacht, daß der Gastwirth Jeden aufnehmen müsse, der Kostgeber oder die Kostfrau nicht, und daß im Nothfall der Schutz des Gemeindammanns angerufen werden könne. So wurde der Antrag abgelehnt, dann aber statt desselben in § 1097 lit. c dem Kostgeber ein Vorzugsrecht im Konkurse eingeräumt.

4. Der frühere § 872 bestimmte, daß die Selbstpfändung auf frischer That und mit möglichster Schonung geübt, auch unverzüglich von dem Geschehenen dem Eigenthümer des Pfandes oder, wenn dieser unbekannt, der Ortspolizei Kenntniß gegeben werden müsse. Das ist nur deswegen gestrichen worden, weil bei dem hier allein übrig gebliebenen Falle der Selbstpfändung sich das von selbst versteht. Bezüglich der Selbstpfändung von Vieh enthält Art. 66 OR. die nöthigen Bestimmungen.

§ 402.

[873.] Das durch Selbstpfändung erlangte Pfand wird in derselben Weise realisirt wie das freiwillige Faustpfand.

1. Die Realisirung des Pfandrechtes ist zur Zeit noch durchaus dem kantonalen Rechte anheimgestellt; ein eidgenössisches Betreibungs- und Konkursgesetz steht aber in naher Aussicht. Maßgebend sind daher für die Realisirung des Mobiliarpfandrechtes gegenwärtig die §§ 85—93, und 104—107 des Rechtstriebsgesetzes und das Konkursgesetz, beide vom 23. August 1871, und betreffend die Faustpfänder der Pfandleiher die §§ 14—19 des Pfandleihgesetzes, s. Anhang zum Sachenrecht.

B. Pfandverschreibung.

§ 403.

[874.] Mit Bewilligung des Bezirksgerichtspräsidenten kann ein Pfandrecht an Viehstücken, auch ohne Uebertragung des Besitzes an den Gläubiger, durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch des Gemeindammanns bestellt werden.

Diese Verpfändung ist auch dann gültig, wenn der Verpfänder zwar Besitzer, aber nicht Eigenthümer ist, der Pfandgläubiger bei Errichtung des Pfandrechtes sich in gutem Glauben befindet und die Viehstücke weder gestohlenes noch verlorenes Gut sind.

1. Das schweiz. OR. bestimmt in Art. 210: „Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen oder an Inhaberpapieren kann nur als Faustpfand bestellt werden . . . Es bleibt indessen der Kantonalgesetzgebung vorbehalten, die Verpfändung von Vieh durch bloße Eintragung in öffentliche Bücher zu gestatten.“ (Ueber die Geschichte dieses Vorbehaltes s. Schneiders Kommentar zum OR. Art. 210, 7). Dadurch ist mit dem 1. Januar 1883 die Errichtung sogenannter freiwilliger Pfandverschreibungen auf jeder Art beweglicher Sachen mit Ausnahme des Viehs dahingefallen, und es trat an den Kanton Zürich die Frage heran, ob er von dem Vorbehalte Gebrauch machen und auch weiterhin das Institut der Pfandbücher und Pfandverschreibungen für die Ver-

pfändung von Vieh beibehalten wolle. Die Meinungen darüber waren anfänglich sowohl in der Kommission als auch in den landwirthschaftlichen Kreisen, welche namentlich vom Redaktor des Gesetzes in verschiedenen Gegenden des Kantons angefragt wurden, getheilt. Auf der einen Seite wurde gesagt, es sei nicht gut, daß ungleiches Recht eingeführt werde; Handwerker und Händler seien durch das schweiz. OR. in die Unmöglichkeit versetzt worden, sich durch Mobilien ohne Besitzesübertragung Kredit zu schaffen, warum denn der Landwirth anderes Recht haben sollte; übrigens sei erst noch die Frage, ob ein weitgehender Kredit im wahren Interesse des Landwirthes liege. Auf der andern Seite wurde dagegen geltend gemacht, daß dieser Kredit für den zürcherischen Bauernstand unentbehrlich sei, was ja aus der Existenz der Viehleihkassen, die ja staatliche Unterstützung genießen, hervorgehe, daß der Bauer sein Vieh nicht so leicht entbehren könne, wie der Handwerker sein Fabrikat, weil er seiner Zugkraft, seines Ertrages an Milch, auch seines Düngers für das Gut nothwendig bedürfe. Die Pfandverschreibung mache den Bauer unabhängig vom Wucherer, weil sie ein stabiles Verhältniß schaffe; durch dieselbe werde auch das schlimmste, namentlich von Wucherern vielgebrauchte Kreditmittel, der Verkauf auf Kredit mit Eigenthumsvorbehalt, abgewendet; Beseitigung derselben würde das Gesetz bei der Volksabstimmung gefährden. Die regierungsräthliche Kommission führt in ihrem Berichte an den Regierungsrath diese Gründe kurz an und fügt hinzu: „Unter diesen Umständen hielt die Kommission es für gerathener, das Institut für die Verpfändung von Vieh wenigstens einstweilen noch beizubehalten, und nur einige untergeordnete Modifikationen, welche dasselbe handlicher machen sollen, daran vorzunehmen." Noch entschiedener sprach sich dafür die Kommission des Kantonsrathes aus. In dieser wurde darauf aufmerksam gemacht, daß im Kanton Thurgau die Verpfändung von Vieh ohne Besitzesübertragung auf staatlich anerkannte Viehleihkassen beschränkt sei; für den Kanton Zürich aber erschien eine derartige Beschränkung nicht als gerechtfertigt. Bei der Berathung im Kantonsrath zeigte sich gar keine Opposition gegen den Fortbestand dieses Rechtsinstitutes. Der Bericht an das Volk resümirt die Gründe der Kommission mit den Worten: „Für die gänzliche Abschaffung sprach die Gleichstellung des Viehverkehrs mit jedem andern Verkehre, die dadurch zu erzielende Vereinfachung der Sache, sprachen überhaupt die nämlichen Gründe, welche die Bundesversammlung zur Beseitigung dieser Verpfändung aller übrigen Sachen gebracht hatten" (besonders Mißbrauch des Kredites, s. Schneider, Kommentar zum schweiz. OR. Art. 210, 3); „für die Beibehaltung dagegen die Kreditbedürftigkeit des kleinen Bauernstandes neben der Unmöglichkeit, den Besitz der Viehstücke zu entbehren" u. s. w. Den §§ 403—411 liegt ein fast unverändert angenommener Entwurf von Obergerichtspräsident Dr. Sträuli zu Grunde. Die §§ 406 und 410 sind in der Fassung von Gerichtspräsident Frei angenommen worden.

2. Absatz 1 entspricht, abgesehen von der Beschränkung auf Viehstücke, dem bisherigen Rechte.

3. Absatz 2 ist in Folge der Berathung im Schoße des Kantonsrathes selbst neu hinzugekommen. Derselbe ist gerichtet gegen die Verkäufe mit Eigenthumsvorbehalt. Auch dann, wenn der Bauer ein Stück Vieh auf Kredit mit diesem Vorbehalt gekauft hat, und nachher eine Pfandverschreibung darüber errichtet, ohne daß der Pfandgläubiger, z. B. die Viehleihkasse, von jenem Vorbehalt Kenntniß hat, gilt das Pfandrecht und geht also dem vorbehaltenen Eigenthum vor. Das Bedenken, daß eine derartige Bestimmung dem schweiz. OR. widersprechen dürfte, wurde beseitigt durch die Hinzufügung

der Ausnahme gestohlenen oder verlorenen Gutes; an solchem ist allerdings nach dem genannten Bundesgesetze Art. 206 die Vindikation noch 5 Jahre lang ohne Beschränkung gestattet.

4. In gutem Glauben. Das Pfandrecht wird gegenüber einem Dritten, welcher das Stück Vieh als sein Eigenthum anspricht, geschützt, insofern er nicht beweisen kann, daß der Pfandgläubiger bei Errichtung der Pfandverschreibung gewußt habe oder habe annehmen müssen, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer des Stückes Vieh sei.

5. Vgl. Verordnung des Obergerichtes betr. die Pfandbücher vom 31. Dez. 1883 (Off. S. Bd. XXI, 125.) Nach § 6 derselben hat bei Rindvieh der Gemeindammann dem Scheinaustheiler Kenntniß von der Verpfändung zu geben. Ein Gemeindammann, welcher das unterlassen hat, ist mit Erfolg für den Schaden belangt worden. (Z. II, 386.) Ueber die Pfandverschreibungen handeln speziell die §§ 23—32.

6. Die Unrichtigkeit der in einer Pfandverschreibung angegebenen causa debendi macht die Verpfändung nicht ungültig, sondern hat nur zur Folge, daß der Kreditor den Verpflichtungs- und Verpfändnngswillen anderweitig beweisen muß. (U. 1329.)

§ 404.

[881.] Die Bewilligung zur Eintragung der Verschreibung wird nur dann ertheilt, wenn der Verpfänder sich nicht am Rechtstriebe befindet oder wenn alle treibenden Gläubiger eingewilligt haben.

1. Die in diesem Paragraphen getroffene Veränderung besteht

a. in der Korrektur, daß hier wie in den folgenden Paragraphen „der Verpfänder" gesagt wird, wo früher „der Schuldner" stand; gewöhnlich ist dies die nämliche Person, daher wohl die frühere Verwechslung;

b. darin, daß der Zusatz gestrichen wurde, wonach für unversicherte Forderungen schon der niedere, für grundversicherte oder durch bewegliche Pfänder versicherte Forderungen erst der hohe Rechtstrieb hinderlich sein sollte; es hindert jetzt also immer jeder Rechtstrieb die Errichtung einer Pfandverschreibung zu Lasten des Betriebenen; das Pfandbuch wird gesperrt. Es soll überhaupt verhindert werden, daß der von einem Gläubiger Betriebene noch einen Andern decke und so Jenem und seinen andern Gläubigern überhaupt noch eine Deckung durch Rechtsgeschäft entziehe. (In diesem Sinne ist nun § 24 der Verordnung § 403, 5 abzuändern). Jeder Kreditor des Verpfänders kann in dessen Konkurse die Ungültigkeit einer dem entgegen errichten Pfandverschreibung geltend machen. (M. XII, 314; B. XIV, 39 Erw. 3. Z. XXIII, 133.)

2. Eine außerhalb des Gebietes des Kantons Zürich angehobene Betreibung hindert die Errichtung der Pfandverschreibung auf Vieh, welches im Kanton Zürich sich befindet, nicht. (Z. XXIII, 27.)

3. „Als treibende Gläubiger im Sinne dieses Paragraphen sind auch die Inhaber von Pfandscheinen, gleichviel ob vollständig oder unvollständig gedeckten, so lange zu betrachten, als das Pfandrecht gültig ist (vgl. Schuldbetreibungsgesetz §§ 64, 75); nicht dagegen die Inhaber leerer Pfandscheine, so lange sie nicht Nachpfändung

bewirkt oder die hohe Betreibung verlangt haben." (Kreisschreiben des Obergerichtes vom Dezember 1887.)

§ 405.

[882.] Das Pfandrecht entsteht mit der Eintragung in das Pfandbuch.

Innerhalb vierundzwanzig Stunden seit der Ertheilung der Bewilligung kann die Eintragung ungehindert vollzogen werden, auch wenn inzwischen ein Rechtstrieb gegen den Verpfänder eingetreten wäre.

1. M. VI, 426; B. XIV, 39 Erw. 1. Das Datum zur Eintragung ist entscheidend. Nun ist es aber möglich, daß der Verpfänder, als er die Bewilligung zur Eintragung einer Pfandverschreibung begehrte und erhielt, noch nicht am Rechtstrieb, also in seinem vollen Rechte war, seine Sachen zu verpfänden, daß aber, bevor die Bewilligung vollzogen und die Pfandverschreibung eingetragen worden ist, ihm ein Rechtsbot angelegt und er dadurch von nun an verhindert wird, Pfandrechte zu bestellen. Hier gewährt nun das Gesetz noch eine kurze Frist — vierundzwanzig Stunden — seit der Ertheilung der Bewilligung, innerhalb welcher trotz des inzwischen angelegten Rechtsbotes die Eintragung mit voller Wirkung geschehen darf. Läßt der Verpfänder aber dieselbe länger anstehen, so hemmt auch der inzwischen erhobene Rechtstrieb den Vollzug der vorher bewilligten Verschreibung. (Z. I, 391; III, 44 Erw. 1; XVI, 299; U. 3067.)

§ 406.

[875.] Zur Bestellung eines solchen Pfandrechtes wird erfordert, daß die verpfändeten Viehstücke nach Gattung, Alter, Geschlecht, Farbe und allfälligen besonderen Merkmalen so genau als möglich bezeichnet werden. Ein erheblicher Zweifel darüber, ob ein bestimmtes Stück Vieh als Pfand gemeint sei, hindert die Gültigkeit des Pfandrechtes.

1. Es ist damit der Inhalt des früheren § 875 an der Hand des § 6 der Verordnung (§ 403, 5) angewendet auf Viehstücke, und so der Grundsatz der Spezialität des Pfandrechtes zur Anwendung gebracht. Danach würde es nicht genügen, in der Pfandverschreibung bloß zu sagen: „eine Heerde Schafe von 30 Stück" od. dgl.

§ 407.

[885.] Dieses Pfandrecht ist zunächst auf die Dauer von zwei Jahren, von dem Tage der gerichtlichen Bewilligung an, beschränkt, kann jedoch vor Ablauf dieser Frist auf einfaches Begehren des Gläubigers je auf zwei folgende Jahre erneuert werden.

Nach Ablauf der Frist kann die Pfandverschreibung nur mit Zustimmung des Verpfänders und mit Beachtung der Erfordernisse für eine neue Pfandbestellung wieder hergestellt werden, wenn nicht inzwischen eine andere Verpfändung derselben Viehstücke stattgefunden hat.

1. Von zwei Jahren. Schon das Stadt- und Landrecht Th. V § 24, p. 68 hatte für die Viehverschreibungen diese Dauer festgesetzt, die Praxis dann später für andere bewegliche Pfänder die einjährige Frist eingeführt (M. XI, 464). Der § 885 des alten Gesetzes machte dann die letztere allgemein, verband aber damit die Möglichkeit der Erneuerung der Pfandverschreibung. Das neue Gesetz hat die letztere beibehalten und ist daneben für das einzig noch in dieser Weise verpfändbare Vieh wieder auf die 2 Jahre zurückgegangen, und zwar so, daß auch die Erneuerung jedes Mal wieder für 2 Jahre, nicht wie bisher nur für ein Jahr, gilt. Der Bericht der regierungsräthlichen Kommission und darnach die Weisung an das Volk hebt hervor, daß dies geschehen sei, um die Pfandverschreibung handlicher zu machen.

2. Einfaches Begehren, an den Gerichtspräsidenten zu richten; der Umstand, daß der Schuldner am Rechtstrieb ist, hindert dasselbe nicht.

3. Wieder hergestellt. Zunächst hört mit dem Ablauf der Frist, für welche das Pfandrecht gewährt worden, dieses von selbst auf. Die Pfandverschreibung verliert ihre Gültigkeit, und es kann nur eine neue Pfandbestellung für dieselbe Forderung auf die früher verpfändeten Gegenstände nach Maßgabe der §§ 403—405 stattfinden. Wenn indessen einer solchen nichts im Wege steht, also der Schuldner nicht am Rechtstriebe ist, die Sachen noch vorhanden und nicht inzwischen an andere verpfändet worden sind, so wird es nun zur Ersparung von Mühe und Taxen zugelassen, daß die alte Urkunde wieder in Kraft gesetzt und gleichsam erneuert werde. Die bloße rechtzeitige Bewilligung des Gerichtspräsidenten zur Erneuerung genügt zu dieser Wiederherstellung nicht, sondern es ist auch die rechtzeitige Vormerkung in dem Pfandbuch nothwendig. (Z. III, 425; Z. XXII, 110; XXIII, 135.)

4. Bricht vor Ablauf der Frist der Konkurs über den Verpfänder aus, so wird damit die Verjährung unterbrochen und braucht also die Pfandverschreibung nicht erneuert zu werden (arg. B. VIII, 436); dagegen genügt die bloße Anhebung des Rechtstriebes gegen den Schuldner nicht zur Unterbrechung der Frist (Z. XIX, 212), ebenso nicht die Deliberationsfrist beim beneficium inventarii (B. III, 17; IV, 33).

5. Wie verhält es sich mit der Dauer der freiwilligen Pfandverschreibungen, welche noch im Jahre 1887 auf Viehstücken errichtet worden sind oder errichtet werden? Nach dem bis zum Schlusse dieses Jahres geltenden Rechte können sie nur auf Ein Jahr errichtet werden und wird diese Beschränkung ausdrücklich in die Pfandverschreibung aufgenommen. Dieser Inhalt muß auch noch im Jahre 1888 maßgebend sein, d. h. solche Pfandverschreibungen müssen trotz § 407 auch im Jahre 1888 vor Ablauf Eines Jahres seit ihrer Bestellung erneuert werden, sonst erlöschen sie. Das Nämliche gilt für die im Jahre 1887 erneuerten älteren Pfandverschreibungen. (Kreisschreiben des Obergerichtes an die Bezirksgerichte, Gemeindammänner, Friedensrichter und Notare vom Dezember 1887.)

§ 408.

[877.] Die zum Ersatze von abgegangenem oder mit Bewilligung des Gläubigers verkauftem Vieh angeschafften neuen Stücke gleicher Gattung werden nur dann an die Stelle der ursprünglichen Pfänder pfandrechtlich verhaftet, wenn sie im Pfandbuche und in der Pfandverschreibung nach

Vorschrift des § 406 eingetragen werden. Für diese Aenderung im Bestande der Pfänder gelten die für Errichtung einer neuen Pfandverschreibung vorgeschriebenen Erfordernisse nicht.

1. Mit Bewilligung des Gläubigers verkauft. Vgl. § 409. Die Aenderung dieses Paragraphen gegenüber dem bisherigen § 877 ist bloß redaktioneller Natur.

2. In der Viehwirthschaft kommt es regelmäßig vor und ist der Oekonomie auch des kleinen Bauern förderlich, daß er von Zeit zu Zeit ein altes Stück Vieh zum Schlachten verkauft und ein neues anschafft. Würde man hier an der Strenge des logischen Satzes festhalten, daß durch die Veräußerung jenes Stückes das Pfandrecht untergegangen sei und daß es einer neuen Bestellung eines neuen Pfandrechtes bedürfe, wenn dieses Stück als Pfand haften solle, so wäre entweder jener Wechsel verhindert oder es dem Landwirthe sehr erschwert, durch Verpfändung von Vieh Kredit zu erhalten. Das Institut der Viehleihkassen, das doch einem allgemein empfundenen Bedürfniß entspricht, kommt nicht zu gesundem Wachsthum, wenn nicht die Möglichkeit eines Pfandwechsels offen gelassen wird. Dem Bedenken, daß der Schuldner, wenn man ihm zu wechseln erlaube, ein werthvolles Stück veräußern und ein schlechtes an dessen Stelle setzen und so die Sicherheit des Pfandes willkürlich zerstören oder vermindern könne, ist entgegenzusetzen, einmal, daß eine Gefahr der Art, ganz abgesehen von unredlichem Wechsel, mit der Pfandverschreibung überhaupt verbunden ist, indem ja dieses Pfand ein dem Schuldner anvertrautes Gut und daher immer der Verschlechterung und Zerstörung durch den Schuldner ausgesetzt ist, sodann, daß für die Veräußerung ja die Zustimmung des Gläubigers vorbehalten wird.

3. Der Vormerk ist nicht mit einer neuen Pfandverschreibung zu verwechseln. Er ist in vielen Fällen möglich, wo diese unmöglich wäre, z. B. wenn der Schuldner zur Zeit des Vormerks am Rechtstrieb ist (§ 404; 407, 2), und er wirkt im Sinne der ursprünglichen Pfandverschreibung, d. h. unter mehreren Pfandrechten behauptet das ältere den Vorzug.

§ 409.

[883.] Der Verpfänder darf verpfändetes Vieh ohne Zustimmung des Pfandgläubigers nicht veräußern.

1. Der frühere § 883 fügte bei, daß das Pfand in der Hand des Verpfänders als anvertrautes Gut zu betrachten sei. Es war damit gesagt, daß wenn er es an einen Dritten veräußere oder zu Faustpfand gebe, der Gläubiger sein Pfandrecht nur unter den Beschränkungen noch geltend machen könne, welche die dingliche Verfolgung anvertrauter und veraberwandelter Sachen hemmen. Das ist auch jetzt noch richtig. Weil aber diese Beschränkungen nunmehr unter dem, darin noch viel weiter gehenden schweiz. OR. Art. 205 stehen, ist jener Satz gestrichen worden. Die Veräußerung ist gültig, aber der Verpfänder wird dafür dem geschädigten Gläubiger verantwortlich, und fällt auch unter die Bestimmungen des § 174 des Strafgesetzbuches. Uebrigens ist gerade beim Vieh wegen der Nothwendigkeit der Einholung eines Gesundheitsscheines (Gesetz betr. den Viehverkehr vom 1. Okt. 1855 Off. S. Bd. X, 203, § 9) eine unbefugte Veräußerung weniger zu fürchten.

§ 410.

[884.] Kann die Gefahr bescheinigt werden, daß der Verpfänder das verpfändete Vieh zu veräußern beabsichtige oder durch Vernachlässigung desselben den Pfandgläubiger schädige, so ist dieser berechtigt, die Einstellung des Pfandes bei einem Dritten (Sequester) zu begehren und überdies, auch wenn die Forderung sonst noch nicht fällig wäre, Bezahlung derselben zu verlangen.

1. Das Recht dieses Paragraphen ist gegenüber dem früheren § 884 auch auf die Gefahr einer unbefugten Veräußerung ausgedehnt worden. Eine zweite Aenderung besteht darin, daß das Begehren um amtliche Verwahrung gestrichen wurde. Der Beamte ist oft viel weniger in der Lage, als der Gläubiger selbst, einen Stall eines Unparteiischen zur Einstellung des Stückes aufzufinden. Natürlich kann aber der Sequester auch ein Beamter sein, er muß überhaupt eine vertrauenswürdige Person sein, worüber nöthigenfalls der Gerichtspräsident entscheidet. Endlich ist für diesen Fall dem Kreditor auch das Recht gegeben worden, vor der Zeit Bezahlung zu verlangen, gerade wie auch der grundversicherte Kreditor nach § 355 in einem solchen Falle vor der Verfallzeit der Forderung Bezahlung verlangen kann.

§ 411.

[886.] Die Realisirung der Pfandverschreibung geschieht durch Versilberung infolge des Rechtstriebes oder im Konkurse.

Vgl. § 402, 1.

C. Gerichtliche Pfändung.

§ 412.

[887.] Die gerichtliche Pfändung geschieht in der Form des Rechtstriebes nach den Vorschriften über die Schuldbetreibung.

1. Siehe Gesetz betr. die Schuldbetreibung vom 23. August 1871 §§ 46—93 und 100—103; Verordnung dazu vom 31. Dez. 1883 §§ 30, 41—59.

2. Die gerichtliche Pfändung beruht wie die Pfandverschreibung auf der Form der amtlichen Schriftlichkeit. Der von dem Gemeindammann ausgestellte Pfandschein, der in das Pfandbuch eingetragen wird, nimmt hier dieselbe Stellung ein, welchen die freiwillige Pfandverschreibung hat.

3. Ein Erbtheil oder ein Nachlaß kann nicht als Ganzes gepfändet werden, s. § 1088.

§ 413.

[888.] In der Rangordnung stehen sich die freiwillige Pfandverschreibung und die gerichtliche Pfändung in der Weise gleich, daß je das ältere Pfandrecht dem jüngeren vorgeht.

1. Dem Faustpfandrechte gehen diese beiden Arten von Pfandrechten nach, auch wenn jenes das jüngere ist, gemäß Art. 213 und 221 des schweiz. OR's.

2. Eine Pfandverschreibung und eine Pfändung, welche zu gleicher Zeit eingetragen werden, stehen demgemäß in gleichen Rechten. (Z. XXIII, 425.)

3. An dieser Stelle folgten im bisherigen Gesetzbuche die Bestimmungen betreffend das generelle Pfandrecht, §§ 889—895. Die regierungsräthliche Kommission hatte im Anhang zu Off. S. Bd. XX die Ansicht ausgesprochen, daß nach der Intention des schweiz. OR.'s Art. 210 dieses Rechtsinstitut so gut wie die freiwilligen Pfandverschreibungen aufgehoben sei; das Obergericht hingegen war anderer Ansicht, weil, wie schon in der Kommission des Jahres 1854 erklärt worden ist, es sich hier nicht um ein wahres Pfandrecht, sondern vielmehr um ein Konkursprivilegium handle, ähnlich wie bei den sogen. Obligationen des Kantons Bern. (OG. 1883 Nro. 74). Ohne dieser Auffassung entgegentreten zu wollen, hat schon der Entwurf des Redaktors auf Streichung des Rechtsinstitutes angetragen, und die Kommission ist ihm einstimmig gefolgt. Nach Bluntschli's Kommentar zu § 889 des alten Gesetzes war schon im Jahre 1854 auf Abschaffung des Generalpfandrechtes als eines trügerischen und mit dem Grundsatze der Gleichstellung der Konkurskreditoren nicht verträglichen Sicherungsmittels angetragen worden; dasselbe war aber damals doch beibehalten worden als ein namentlich für Geschäftsleute wichtiges Kreditmittel. Im neuen schweiz. OR. Art. 210 ist nun aber jener Grundsatz viel stärker als früher bei uns zur Geltung gekommen; die Tendenz dieses Artikels geht deutlich dahin, daß nicht im Konkurse solche Kreditoren, welche in keiner äußerlich sichtbaren Beziehung zu dem beweglichen Vermögen des Kridars gestanden sind, vor andern auf dieses sollen greifen können, so daß damit das Vertrauen, welches letztere mit Rücksicht auf das vorhandene bewegliche Gut in die Solvenz des Schuldners gesetzt haben, getäuscht würde. Aus diesem Grunde, den der Bericht der regierungsräthlichen Kommission hervorhebt und die Weisung an das Volk wiederholt, wurde dieses Pfandrecht, auch mit Bezug auf die Viehwaare, gestrichen.

4. Ferner folgten hier im bisherigen Gesetzbuche die Bestimmungen über die gesetzlichen Pfand- und Vorzugsrechte, §§ 896—902. Dieselben sind von der regierungsräthlichen Kommission, als nicht dingliche Rechte betreffend, in das Obligationenrecht, und zwar in den Abschnitt über den Konkurs der Gläubiger verwiesen worden. Die kantonsräthliche Kommission hat dann aber diesen ganzen Abschnitt, und damit auch jene Bestimmungen an den Schluß des ganzen Gesetzbuches gestellt (s. §§ 1096—1098), damit sie beim Inkrafttreten des erwarteten eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes ohne Störung des Ganzen aufgehoben werden können.

Anhang.

Gesetz

betreffend

die Gewerbe der Pfandleiher, Feilträger und Gelddarleiher.

(Vom 21. Mai 1882.)

Off. S. Bd. XX., 373.

§ 1. Wer das Gewerbe eines Pfandleihers oder Feilträgers betreiben will, bedarf hiezu der staatlichen Bewilligung und ist nach Maßgabe nachfolgender Bestimmungen der polizeilichen Kontrole unterworfen.

Als Pfandleihgewerbe gilt auch der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes.

§ 2. Die staatliche Bewilligung wird von der Direktion der Polizei auf das Gutachten des Gemeindrathes und des Statthalteramtes hin ertheilt und ist nur dann zu versagen, wenn Thatsachen vorliegen, welche darthun, daß der Bewerber in Hinsicht auf den beabsichtigten Geschäftsbetrieb kein Vertrauen verdient.

Die Polizeidirektion kann, wenn solche Thatsachen später zu Tage treten, namentlich im Falle wiederholter Bestrafung wegen Uebertretung des Gesetzes, die ertheilte Bewilligung zurückziehen.

Sowohl wegen Verweigerung als wegen Entzug der Bewilligung ist innerhalb vierzehn Tagen von der Mittheilung an Rekurs an den Regierungsrath zulässig.

Vorbehalten bleibt die Bestimmung des § 25 des Strafgesetzbuches.

§ 3. Pfandleiher und Feilträger sind zu ordnungsmäßiger Führung von Geschäftsbüchern verpflichtet.

Diese Bücher müssen dauerhaft gebunden und mit fortlaufenden Seitenzahlen versehen sein. Bevor sie in Gebrauch genommen werden, sind sie der Polizeibehörde des Ortes, wo der Gewerbebetrieb stattfinden soll, zur Prüfung und Bestätigung der vorschriftsgemäßen Beschaffenheit, sowie zur Beglaubigung der Gesammtzahl der Seiten vorzulegen.

Das Herausnehmen oder Zusammenkleben von Blättern, sowie das Einheften neuer Blätter ist untersagt.

Die Einträge müssen in fortlaufender Reihenfolge deutlich mit Tinte geschrieben werden. Es ist unstatthaft, dieselben mittelst Radirens oder auf andere Weise unleserlich zu machen.

Ohne Erlaubniß des Statthalteramtes dürfen solche Bücher nicht vernichtet werden.

§ 4. Pfandleiher und Feilträger haben die ihnen von Behörden oder Privaten zugehenden Benachrichtigungen über verlorene oder dem Eigenthümer entfremdete Gegenstände nach der Zeitfolge geordnet wenigstens fünf Jahre aufzubewahren und in einem Vormerkbuche zu registriren. Werden ihnen Gegenstände unter Umständen angeboten, welche gegen den Inhaber den Verdacht des rechtswidrigen Erwerbes erwecken müssen, so haben sie von dem Vorgange alsbald der Polizeibehörde Anzeige zu machen.

§ 5. Pfandleiher und Feilträger sind verpflichtet, den Polizei-Beamten und -Bediensteten jederzeit den Eintritt in ihre Geschäftsräume zu gestatten und denselben die Geschäftsbücher und die aufbewahrten Gegenstände vorzuzeigen.

§ 6. Der Pfandleiher darf an Zinsen nicht mehr als einen Prozent per Monat beziehen.

Jeder Bruchtheil eines halben Monats darf für die Verzinsung einem halben Monat gleich gerechnet werden.

Der Zins darf nicht vorausgenommen werden.

§ 7. Das von einem Pfandleiher gegebene Darlehen darf nicht vor Ablauf von sechs Monaten seit dessen Hingabe zurückgefordert werden.

Der Verpfänder ist jedoch berechtigt, das Pfand durch Zahlung des Darlehens und der Zinse jederzeit nach Vorschrift des § 13 einzulösen. Die Zinse dürfen nur bis zur Einlösung berechnet werden; vorbehalten bleibt § 6, Abs. 2.

§ 8. Der Pfandleiher ist berechtigt, bei der Hingabe eines Darlehens und bei der Erneuerung eines solchen für mindestens sechs Monate eine Einschreibgebühr bis auf den Betrag von zwanzig Rappen zu beziehen. Hiebei gelten alle einem Entlehner am nämlichen Tage gemachten Darlehen als ein einziges.

Das Ausbedingen jeder weitern Vergütung für das Darlehen oder für die Aufbewahrung und Erhaltung des Pfandes ist verboten.

§ 9. Der Pfandleiher ist verpflichtet, jedes abgeschlossene Geschäft in ein besonderes Pfandleihbuch einzutragen.

Der Eintrag muß enthalten: 1) die forlaufende Nummer des Geschäftes, 2) den Tag des Geschäftsabschlusses, 3) die genaue Adresse des Uebergebers des Pfandes, 4) den Betrag des Darlehens, 5) den Betrag der monatlichen Zinse, 6) die bedungene Einschreibgebühr, 7) die Beschreibung des verpfändeten Gegenstandes und zwar bei Pretiosen, Gold- und Silberwaaren mit Angabe des Gewichtes, 8) die Zeit der Fälligkeit des Darlehens, 9) die Unterschrift des Uebergebers.

§ 10. Der Pfandleiher ist verpflichtet, dem Verpfänder einen Leihschein zu übergeben, welcher mit dem Eintrage des Geschäftes im Pfandleihbuch (§ 9 Ziff. 1—8) wörtlich übereinstimmen und mit der Namensunterschrift des Pfandleihers versehen sein muß.

§ 11. Jedes Pfand ist mit der betreffenden Nummer des Pfandeintrages zu versehen und so aufzubewahren, daß es jederzeit leicht aufgefunden werden kann.

§ 12. Der Pfandleiher hat die bei ihm hinterlegten Pfänder gegen Feuersgefahr zu versichern.

§ 13. Bis zum Ablauf von drei Wochen nach Fälligkeit des Darlehens soll die Aushingabe des Pfandes nur an den Vorweiser des Leihscheines und gegen Rückgabe

desselben erfolgen. Sind seit der Fälligkeit des Darlehens drei Wochen verflossen, so kann der Verpfänder das bis dahin nicht eingelöste Pfand auch ohne Vorlegung des Leihscheines einlösen.

Diese Bestimmung ist im Leihscheine wörtlich vorzumerken.

§ 14. Der Pfandleiher darf das Pfand zum Zwecke der Befriedigung für seine Forderung an Kapital und Zinsen frühestens vier Wochen nach eingetretener Fälligkeit des Darlehens verkaufen.

Der Verkauf geschieht durch öffentliche Versteigerung in der Gemeinde, in welcher zur Zeit des Geschäftsabschlusses das Pfandleihgewerbe betrieben wurde.

Ort und Zeit derselben sind in einem von der Ortsbehörde hiefür bestimmten Blatte bekannt zu machen. Die Bekanntmachung soll den Namen des Pfandleihers und die Geschäftsnummer des Pfandleihbuches (§ 9, Ziff. 1) enthalten.

§ 15. Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Metallwerthe, der durch Abschätzung festzustellen und im Gantprotokolle vorzumerken ist, verkauft werden. Für die Richtigkeit der Abschätzung haftet die Gantbeamtung, welche ihrerseits das Gutachten Sachverständiger einzuholen berechtigt ist. Wenn auf der Gant weniger als der Metallwerth geboten wird, so soll dieser von der Gantbeamtung durch freien Verkauf erzielt werden.

§ 16. Sind mehrere Gegenstände durch dasselbe Geschäft zu Pfand bestellt, so ist der Verpfänder berechtigt, die Reihenfolge zu bestimmen, in welcher dieselben auf die Gant zu bringen sind.

Der Verkauf ist auf Verlangen des Verpfänders einzustellen, sobald ein Betrag erlöst ist, welcher hinreicht, die Forderung des Pfandleihers an Kapital, Zinsen und Kosten zu decken.

§ 17. Einen Ueberschuß des Erlöses über die Pfandschuld und den Antheil an den Versteigerungskosten hinaus hat die Gantbeamtung unverzüglich nach erfolgtem Verkauf dem Verpfänder herauszugeben beziehungsweise für denselben bei der Kantonalbank zu hinterlegen.

Auf diese Hinterlegung ist bei der Bekanntmachung der Steigerung hinzuweisen.

Die Zeit und Art des Erlöschens des Pfandrechtes, sowie der Ausweis über die Verwendung des Ganterlöses sind im Pfandleihbuch vorzumerken.

§ 18. Ist der Anspruch des Verpfänders auf den Ueberschuß des Pfanderlöses durch Verjährung erloschen, so fällt der hinterlegte Betrag zur Hälfte in das Armengut der Gemeinde (§ 14, Abs. 2), zur Hälfte in den Kantonalarmenfond.

§ 19. Verabredungen, welche im Widerspruch zu den in den §§ 6—18 aufgestellten Bestimmungen stehen, sind nichtig.

Bei gewerbsmäßigem Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechtes gilt die Zahlung des Kaufspreises als Hingabe des Darlehens, der Unterschied zwischen dem Kaufspreise und dem verabredeten Rückkaufspreise als bedungener Zins, und die Uebergabe der Sache als Verpfändung für das Darlehen.

§ 20. Dem Pfandleiher ist jeder Geschäftsverkehr mit Leuten unter sechszehn Jahren untersagt.

§ 21. Der Feilträger hat jedes Kaufs- und Verkaufsgeschäft in ein Geschäftsbuch (§ 3) einzutragen.

Dieser Eintrag muß enthalten: 1) die fortlaufende Nummer des Geschäftes, 2) die Bezeichnung des Gegenstandes, 3) die genaue Adresse des Uebergebers beziehungsweise Verkäufers, 4) den Ort und Tag der Uebergabe des Gegenstandes, 5) den Ankaufspreis, 6) den Tag des Wiederverkaufes, 7) den Namen und Wohnort des Käufers.

§ 22. Wer sich gewerbsmäßig mit Geldbarlehen befaßt, hat außer den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen folgende Vorschriften zu beachten:

a. Im Geschäftslokal müssen die Bedingungen für Zins und Provision, unter welchen die Geschäfte abgeschlossen werden, in Prozenten per Jahr berechnet, angeschlagen werden.

Diese Anschläge sind zu datiren, fortlaufend zu nummeriren, und während zehn Jahren, vom Tage ihrer Abänderung an, aufzubewahren.

b. Der Geschäftsinhaber ist gehalten, sofern er nicht ohnehin eine regelmäßige kaufmännische Buchhaltung führt, ein dauerhaft gebundenes mit fortlaufenden Seitenzahlen versehenes Journal, sowie ein Kassenbuch einzurichten. In das Journal hat er Tag für Tag alle seine Einnahmen und Ausgaben, seine neu entstandenen Aktiven und Passiven, insbesondere seine Accepte und Indossamente nach den Vorschriften des § 3, Abs. 3 und 4 einzutragen. Die persönlichen und Haushaltungs-Ausgaben sind dabei mindestens alle Monate zu verrechnen.

c. Die eingegangenen Geschäftsbriefe sind geordnet aufzubewahren und die ausgehenden in ein Buch zu kopiren.

Verabredungen, welche über die gemäß litt. a anzuschlagenden Bedingungen hinausgehen, sind nur bis zu dem diesen Bedingungen entsprechenden Betrage gültig.

§ 23. Uebertretungen der Vorschriften dieses Gesetzes werden, wenn sie nicht den Thatbestand eines Verbrechens oder Vergehens enthalten, mit Polizeibuße von 16 bis 300 Fr. bestraft und können überdies gegenüber den Pfandleihern und Feilträgern den Entzug der Bewilligung (§ 2) zur Folge haben.

Der Geschäftsinhaber ist auch für die Fehler seiner Angestellten verantwortlich.

§ 24. Die Mobiliarleihkasse der Kantonalbank bedarf der in den §§ 1 und 2 vorgeschriebenen Bewilligung und der in § 3 verlangten polizeilichen Genehmigung der Geschäftsbücher nicht.

§ 25. Dieses Gesetz tritt mit dem 1. Januar 1883 in Kraft. Durch dasselbe werden alle frühern damit im Widerspruch stehenden Gesetzesbestimmungen aufgehoben.

Drittes Buch.

Die durch das schweizerische Obligationenrecht der kantonalen Gesetzgebung überlassenen Bestimmungen des

Obligationenrechtes.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

A. Vertrag.

§ 414.

[912.] Verträge über Veräußerung oder Verpfändung von Grundstücken sind nur insofern gültig, als sie schriftlich abgefaßt und unterzeichnet worden sind. (Art. 11 u. ff. des Schweizerischen Obligationenrechtes.)

Vorbehalten bleibt die Versteigerung von Grundstücken (§§ 460 und 463).

1. Die in den alten §§ 903—911 und 913—950, 952—1012, 1025—1076 enthaltenen allgemeinen Bestimmungen über den Abschluß des Vertrages, die Form desselben, die Vertragsfähigkeit, Willensmängel, Mehrheit der Vertragspersonen, Stellvertretung, Inhalt und Nebenbestimmungen der Verträge, Erfüllung, Uebertragung und Auflösung der Obligation sind aufgehoben und ersetzt durch die Art. 1—197 des schweiz. OR. Art. 10 daselbst sagt: „Das kantonale Recht bestimmt die Form der ... Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen." Solche Verträge sind die über Veräußerung und die über Verpfändung von Grundstücken. Auch Verträge über Bestellung von Dienstbarkeiten und von Reallasten fallen darunter und hätten also ebenfalls vom kantonalen Rechte an die schriftliche Form geknüpft werden können; allein schon im Jahre 1854 blieb ein Antrag, dies zu thun, in Minderheit, und daran ist nun nichts geändert worden.

2. Das Erforderniß der schriftlichen Form für derlei Verträge rechtfertigt sich theils durch die Sitte, welche schon seit Langem zu schriftlicher Abfassung derselben geführt hat und erst, wenn diese geschehen ist, sich beruhigt fühlt, theils durch die große Bedeutung dieser Verträge, welche eine erhöhte Sorgfalt in der Form fordert.

3. Verträge über Veräußerung von stehendem Holz und anderen im Boden wurzelnden Pflanzen bedürfen, weil auf Trennung des Kaufsobjektes vom Boden und sodann Aneignung einer beweglichen Sache gerichtet, der schriftlichen Form nicht.

(Z. VII, 143; XXIII, 382.) Vgl. Kohler in Jherings Jahrb. N. F. Bd. XIV, 61, 64. So auch nicht der Verkauf eines Gebäudes auf Abbruch. Dagegen muß ein Theilungsvertrag über ein gemeinsames Grundstück schriftlich abgefaßt sein. (Z. VII, 181 Erw. 2; VIII, 142; X, 392 Erw. 2, vgl. § 49, 4.)

4. Eine Vollmacht zur Veräußerung oder Verpfändung eines Grundstückes kann auch mündlich gültig erklärt werden. (Z. V, 231; XIX, 278); ebenso die Zustimmung der Ehefrau zur Veräußerung der Verpfändung ihrer Liegenschaften (Z. XVIII, 147); eine Verabredung mehrerer Miteigenthümer, daß die gemeinsame Sache verkauft werden solle, oder der Verzicht eines Sohnes auf Uebernahme der Liegenschaften aus dem väterlichen Nachlaß (Z. XV, 435, Erw. 3.)

5. Auch ein Vertrag über die künftige Veräußerung einer Liegenschaft bedarf der schriftlichen Form. (Z. XXI, 142, Erw. 12.)

6. Neben einem schriftlichen Kaufvertrage ist das vom Käufer der Liegenschaft mündlich gegebene Versprechen eines Trinkgeldes an die Ehefrau des Verkäufers, als eine bloße Nebenbestimmung des Kaufvertrages betreffend, rechtsgültig. (Z. IX, 322.)

§ 415.

[951.] Für das Haupt einer Haushaltung können diejenigen Personen, welche mit demselben als Hausgenossen zusammenleben, also vorzüglich für den Ehemann die Ehefrau, für den Vater die in der Haushaltung befindlichen Kinder, für die Herrschaft die Dienstboten, auch ohne Ermächtigung Forderungen erwerben, insofern sie sich für jenes versprechen lassen.

1. Die Lehre von der Stellvertretung steht nunmehr grundsätzlich unter dem schweiz. OR. Art. 36—49, und es sind damit die §§ 949, 950, 952, 953 und 954 des bisherigen pr. GB. aufgehoben. Allein Art. 38 des schweiz. OR. bestimmt:

> „Soweit die Ermächtigung im Namen eines Andern Verträge abzuschließen aus familienrechtlichen Beziehungen . . . . hervorgeht, ist sie nach dem kantonalen Rechte . . . zu beurtheilen."

Demgemäß ist § 951 pr. GB. stehen geblieben.

2. Die alten Römer nahmen an, die Personen, welche der Gewalt eines Andern unterworfen seien, erwerben diesem sogar mit Nothwendigkeit alle Forderungen, die sie erwerben. Wir kennen diese Unterwerfung des einen Menschen unter die absolute Gewalt des andern, so daß jener nur wie ein Werkzeug im Dienste dieses erscheint, nicht mehr, und wir wissen auch nichts von jener nothwendigen Stellvertretung. Aber der Zusammenhang der Haushaltung und die Unterordnung eines Hauswesens unter das Familienhaupt erscheint auch uns so bedeutend, daß wir geneigt sind, jedes einzelne Glied der Hausgenossenschaft als ermächtigt anzusehen, dem Haupte eine Forderung zu erwerben, sobald es das thun will und für jenes handelt. Es ist ja ohnehin natürlicher, eine Ermächtigung zum Erwerb von Forderungen zu Gunsten eines Andern stillschweigend vorauszusetzen, als die, einem Andern Schulden aufzuladen.

B. Beschädigungen durch öffentliche Beamte und Angestellte.

§ 416.

[neu.] Die folgenden Bestimmungen gelten für die nicht unter Art. 64 Satz 2 des Schweizerischen Obligationenrechtes fallenden Beschädigungen durch öffentliche Beamte und Angestellte.

1. Man wird Schuldner entweder
 a. durch Rechtsgeschäfte (ex contractu). Davon handeln die Art. 1—49 des schweiz. OR. und die §§ 414 und 415 des pr. GB.; oder
 b. durch unerlaubte Handlungen (ex delicto). Davon handeln die Art. 50—69 OR. und die §§ 416—424 pr. GB.; oder
 c. durch den Eintritt einer vom Willen des Schuldners unabhängigen Thatsache, an welche das Gesetz dessen Schuldpflicht knüpft (ex lege, quasi ex contr. oder quasi ex delicto), insbesondere durch den Eintritt einer ungerechtfertigten Bereicherung. Davon handeln die Art. 70—76, OR.

Mit Bezug auf Schulden der zweiten Art bestimmt Art. 64 OR.:

„Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, können ... Kantonalgesetze abweichende Bestimmungen aufstellen.

Für gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Titels durch Kantonalgesetze nicht geändert werden."

Der Kanton Zürich hat nun von dem durch Satz 1 dieses Artikels ihm gegebenen Rechte in den §§ 417—424 Gebrauch gemacht, dabei aber immerhin die Haftung für gewerbliche Verrichtungen, z. B. Bankgeschäfte der Kantonalbankbeamten (vgl. Schneider, Komm. zum OR. 2. Aufl. § 64, 3) vorbehalten müssen, da hiefür die Art. 50 u. ff. OR. maßgebend sind.

§ 417.

[1852.] Wenn Jemand durch absichtliche Fehler oder durch grobe Fahrlässigkeit eines Richters oder einer anderen Gerichtsperson in einem Prozesse oder bei Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu Schaden gekommen ist, so hat er gegen den Schuldigen eine Forderung auf Ersatz des Schadens, vorausgesetzt, daß nicht der Beschädigte durch Anwendung von Rechtsmitteln den Schaden hätte gut machen können und solches versäumt hat.

1. Das ist die sogen. Syndikatsklage des gemeinen Rechts. Sie wird nur gegeben bei böser Absicht oder grober Fahrlässigkeit (dolus oder culpa lata), d. h. einer Fahrlässigkeit, welche auch ein nicht besonders sorgfältiger Mensch sich bei gutem Willen nicht zu Schulden kommen läßt, einem Verhalten, bei dem Jeder einsehen mußte, daß ein Schaden daraus entstehen könne. Den Gegensatz bildet die bloß leichte Fahrlässigkeit (levis culpa), eine Nachlässigkeit, die verzeihlich ist, wenn auch ein sorgfältiger Hausvater sie sich allerdings nicht hätte zu Schulden kommen lassen (sonst wäre es keine Fahrlässigkeit).

2. Des Schadens. Früher hieß es „des vollen Interesses". Dies wurde geändert damit der Paragraph mit Art. 50 f. OR., die hier zur Anwendung kommen, im Einklang stehe.

3. Freiwillige Gerichtsbarkeit d. h. gerichtliche Verrichtungen in nicht streitigen Sachen, z. B. bei Aufrufen u. dgl. Hierunter fällt auch der Notar als Aktuar des Konkursrichters (Z. XXII, 335; XXV, 322; OG. 1873, Nro. 13.)

4. In der unzulässigen Pfändung eines unausgeschiedenen Erbtheils hat das Obergericht „bloß einen entschuldbaren Irrthum, nicht eine grobe Fahrlässigkeit des Gemeindammanns" gefunden. (Z. XXIII, 394.)

5. Hätte gut machen können z. B. durch Wahrung der Rechte im Konkurse des Schuldners (Z. XXII, 335, vgl. § 419.)

6. Nur der Beamte selbst ist haftbar aus diesem Paragraphen, nicht auch der Staat für ihn, s. § 421.

§ 418.

[1853.] Diejenigen Personen, welche mit der Führung öffentlicher Bücher im Interesse des Privatverkehres betraut sind, wie insbesondere die Notare, haften für Ersatz auch des Schadens, welcher aus leichter Fahrlässigkeit bei Uebung ihres Berufes Jemandem widerfahren ist.

1. Insbesondere die Notare. Ebenso die Gemeindammänner in Bezug auf das Pfandbuch. Die strengere Verantwortlichkeit hat ihren Grund in den Interessen des Kredits und der Einrichtung der öffentlichen Bücher.

2. Das Gesetz betr. die Eintheilung des Kantons in Notariatskreise u. s. w. vom 14. Dez. 1873 (Off. S. Bd. XVII, 333) bestimmt in

„§ 16 die durch § 418 pr. GB. bemessene Haftpflicht der Notare erstreckt sich auch auf die Handlungen des Substituten und der Kanzleiangestellten.

§ 17. Bei Unvermögen des Notars und soweit dessen Amtskaution nicht ausreicht, haftet der Staat für Ersatz des Schadens, den der Notar innerhalb des in § 10 Ziff. 1 umschriebenen Geschäftskreises" (Führung der Grundbücher zur Feststellung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden) „verschuldet hat."

3. So bei mangelhafter Eigenthumszufertigung durch den Notar (B. XIII, 263; XVI, 70), Ausstellung eines Schuldbriefes auf einen Verstorbenen (B. XIII, 231), Unterlassung der Verweisung auf frühere Protokolleinträge (B. XVIII, 7, 181) oder der Revision eines Eintrages. (B. IX, 54, Erw. 6.)

4. Der Gemeindammann, welcher den Versilberungserlös richtig verpackt an die richtige Adresse adressirt der Post übergeben hat, ist für dessen nachherigen Verlust nicht haftbar. (Z. XXIII, 222.)

5. Leichte Fahrlässigkeit s. § 417, 1.

§ 419.

[1854.] Die Mitglieder und Angestellten der Verwaltungsbehörden haften den Privaten für den Schaden, welchen sie bei Behand-

lung von Geschäften, die diese betreffen, mit Absicht oder aus grober Fahrlässigkeit denselben verursachen, insofern diese nicht Gelegenheit hatten, den entstandenen Schaden durch Rechtsmittel wieder zu beseitigen, und solches unterlassen haben.

Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Vormundschaftsbehörden (§§ 816 u. ff.).

1. In der gemeinrechtlichen Theorie gehen Manche weiter und lassen die Beamten auch wegen leichter Fahrlässigkeit haften. Um so weniger stimmt dann gewöhnlich die Praxis mit der Theorie überein, indem es sogar bei grober Fahrlässigkeit und selbst bei böswilliger Absicht den verletzten Privaten nur selten gelingt, Schadensersatz zu erlangen. Es ist auch nicht einzusehen, weßhalb die Verantwortlichkeit der Regierungsbeamten unter gleichen Voraussetzungen strenger beurtheilt werden soll, als die der Richter.

2. Grobe Fahrlässigkeit s. § 417, 1.

§ 420.

[1855.] Wenn bei Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt Jemandem Schaden zugefügt worden, welchen er nicht aus öffentlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist, noch sich selber zuschreiben muß, z. B. bei Gelegenheit von Militärübungen oder infolge polizeilicher Maßregeln, so haftet demselben nicht der Schädiger, sondern die Staatskasse insofern für Ersatz, als der Gesichtspunkt oder die Analogie der Entschädigung für zwangsweise Abtretung von Privatrechten zur Anwendung kommt, sonst nicht.

1. Nicht der Schädiger, sondern die Staatskasse, vorausgesetzt, daß die Verfügung von Staats wegen geschehen ist, nicht von Gemeinde wegen. Im letztern Fall haftet das Gemeindevermögen.

2. Die Analogie der Entschädigung für zwangsweise Abtretung. Vgl. kantonales Gesetz betr. die Abtretung von Privatrechten vom 30. Nov. 1879, Off. S. Bd. XX, 114, §§ 11—16, Bundesges. betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung vom 1. Mai 1850, Eidg. Amtl. S. Bd. I, 319, Art. 3. Darüber hinaus haftet Niemand für Ersatz. Wird z. B. im Frieden bei einer Musterung ein Kornfeld durch Truppenbewegung geschädigt, so tritt jene Analogie ein und der Grundeigenthümer kann Ersatz fordern. Im Kriege dagegen muß jede derartige Schädigung, welche durch die öffentliche Noth verursacht wird, als ein gemeines Unglück von denen getragen werden, welche demselben unterliegen.

3. Dieser Paragraph kommt nicht zur Anwendung, wenn der Schaden durch ein den handelnden Beamten verpflichtendes Verschulden zugefügt worden ist; dann sind die §§ 417—419 anzuwenden, und es haftet der Staat (außer dem Fall § 418, 2) nicht. (S. § 421.)

4. Ein Expropriat kann sich auf diesen Paragraphen nur dann stützen, wenn die von ihm behauptete Ursache des eingeklagten Schadens ein Verhältniß beschlägt, welches durch das Expropriationsgesetz nicht geordnet ist. (OG. 1885, Nro. 55.)

5. Anwendung des Paragraphen auf die Tieferlegung des Pfäffikoner Sees (Z. X, 217; OG. 1861, 16); auf die Beschädigung eines Hauses durch im Straßengebiet vorgenommene Sprengungen (Z. XXI, 98); über die Anwendung auf die Dekretierung einer Baulinie finden sich widersprechende Urtheile des Obergerichtes. Bejaht ist sie wohl mit Recht Z. XX, 443, verneint ZGR. I, 248, Erw. 5—7.

6. Dieser Paragraph setzt direkte Zufügung des Schadens voraus. (Z. XXIV, 44, Erw. 10; 45 Erw. 1.)

§ 421.

[1856.] Wenn aber bei der Ausübung der Staatsgewalt die böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit eines Beamten oder einer anderen im öffentlichen Dienste handelnden Person den Schaden verursacht hat, so hat dafür nur die schuldige Person zu haften.

1. Hievon ist der Fall des § 418, 2 auszunehmen. Abweisung der Haftung des Staates s. Z. XI, 335; XXI, 98; ZGR. III, 62, Erw. 5.

2. Schon in der Kommission von 1854 war der Gedanke ausgesprochen worden, daß immer subsidiär auch die Staatskasse haften sollte, wie das für das Postwesen besonders bestimmt sei.

Auch in der neuen regierungsräthlichen Kommission wurde gesagt, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, daß der Staat, der einen Beamten wähle, auch im vollen Umfang für ihn einstehe. Man fand dann aber, daß diese Frage wegen ihrer öffentlich rechtlichen Bedeutung besser nicht hier in Revision gezogen, sondern einem besonderen Gesetze über die Verantwortlichkeit der Beamten vorbehalten werde.

§ 422.

[1857.] Die Verantwortlichkeit der im öffentlichen Dienste der Gemeinde handelnden Personen und des Gemeindevermögens für die dabei verursachte Schädigung von Privatpersonen ist in analoger Weise zu bestimmen.

1. Haftung des Gemeindammanns für grobe Fahrlässigkeit bei Bezeugung der Habhaftigkeit einer Person (Z. X, 290 Erw. 2 u. 3; XVIII, 164; XXII, 204), bei Errichtung einer freiwilligen Pfandverschreibung (Z. XXII, 203), der Gemeindrathsmitglieder oder Civilvorsteher für zu hohe Schätzung von Liegenschaften (B. VI. 272; X, 425; XIV, 321. Z. IV, 295; XXIII, 228.) Ueber die Haftung des Gemeindrathsschreibers s. Z. XXIII, 228. Der Gemeindammann, welcher die Aechtheit einer Unterschrift beglaubigt, ohne daß sie in seiner Gegenwart hingesetzt oder vor ihm vom Betreffenden anerkannt worden ist, haftet für den aus der Unächtheit derselben entstandenen Schaden, inbegriffen die gegenüber dem angeblichen Unterzeichner erwachsenen Prozeßkosten (B. XII, 370).

2. Ueber die Schadenersatzklagen gegen Gemeindammänner mit Bezug auf die Besorgung des Rechtstriebes s. Rechtstriebsgesetz vom 23. Aug. 1871 §§ 177—182.

Diese Bestimmungen gelten auch für den Stellvertreter des Gemeindammanns. (Z. XXV. 316.)

§ 423.

[1858.] Wenn mehrere Personen für derartigen Schaden auf gleicher Linie einzustehen haben, so haften sie in dem Falle absichtlicher Schädigung jede solidarisch, im Falle fahrlässiger Schädigung dagegen alle zusammen so, daß jede zunächst nur für ihren Antheil und erst subsidiär für das Ganze einzustehen hat.

1. Subsidiär für das Ganze. Dies ist ein stehen gebliebener Fall der früher im zürcherischen Rechte häufigen, durch das schweiz. OR. aber fast ganz beseitigten Gesammtschuld. Vgl. § 957.

§ 424.

[1859]. Vorbehalten bleibt eine verschärfte Haftbarkeit sei es der Staatskasse oder der Gemeinde oder der Beamten und Angestellten infolge von besonderen Gesetzen.

1. Besondere Gesetze. Z. B.
   a. das Konkursgesetz vom 23. Aug. 1871 bestimmt in § 19 bei Klagen aus einer nicht unter das Strafgesetz fallenden Geschäftsführung eine Verjährungsfrist von 6 Monaten, auch für Konkursanwälte; für letztere ist sie aber wohl mit dem Inkrafttreten des OR. dahingefallen;
   b. betr. die Haftung der Staatskasse für die Notare s. § 418, 2.;
   c. betr. die Rechtstriebsbeamten s. § 422, 2.

C. Verjährung.

§ 425.

[1064.] Die grundversicherten Forderungen erlöschen nicht durch Verjährung.

1. Der frühere § 1064 sprach diesen Grundsatz nur stillschweigend aus, indem er bloß für laufende d. h. solche Forderungen, für welche keine Pfandrechte bestehen, eine Verjährung festsetzte, an der Hand des Stadt- und Landrechtes Th. IX, §§ 18 u. 21, das seinerseitswieder auf einem Gesetz von 1670 beruhte; vgl. die Abhandlung von Rahn in B. IV, 98, der aber letzteres Gesetz noch nicht kannte, und die von B. Brändlin B. XIV, 129. Die Verjährung laufender, sowie durch Faustpfand gedeckter Forderungen wird nun aber durch das schweiz. OR. Art. 146 u. ff. normirt, und zwar in der Weise, daß die ersteren in 10 beziehungsweise in 5 Jahren, die durch Faustpfand gedeckten Forderungen, so weit das Faustpfand reicht, wie nach dem zürcherischen Rechte gar nicht verjähren. Was die durch freiwillige Pfandverschreibung (§§ 403 u. ff.) ge-

deckten Forderungen betrifft, so ist nun über deren Verjährung nichts bestimmt; sie verjähren also nicht, so lange das Pfandrecht dauert, mit dem Untergang desselben aber fallen sie unter die Art. 146 u. ff. des schweiz. ORs.

2. Der frühere § 1072 enthielt die Bestimmung, daß wenn ein Gläubiger einer laufenden Forderung nach dem Tode seines Schuldners nicht mindestens einem der Erben desselben von der Schuld Kenntniß gebe und die Existenz und Fortdauer der Schuld nicht ohnehin den Erben bekannt sei, die Forderung an die Erben mit dem Ablauf von zwei Jahren seit dem Tode des Schuldners verjähre, und es hat sich diese Bestimmung, die sehr geeignet war, die Verhältnisse in kurzer Zeit in Ordnung zu bringen und die Erben vor Reklamationen nach Jahr und Tag zu bewahren, gut bewährt. Allein da nun die Verjährung der laufenden Forderungen unter dem schweiz. OR. steht, dieses aber eine solche Bestimmung nicht enthält, so ist sie schon mit dem 1. Januar 1883 dahingefallen.

3. Grundversicherte Forderungen. Dahin gehören außer dem Kapital (des Schuldbriefes, der Gült u. s. w.) auch drei Zinse und der laufende gemäß § 384. Die Verjährung eines Zinses beginnt also mit dem Ablauf von drei Jahren nach seiner Fälligkeit; denn 2 Jahre nach der Fälligkeit des ersten ausgebliebenen Zinses stehen schon 3 solcher Zinse aus und der vierte läuft. Der am 11. Nov. 1887 fällig gewesene unbezahlt gebliebene Zins beginnt demnach mit dem Anbruch des 12. Nov. 1890 zu verjähren, und ist am Ende des 11. Nov. 1895 verjährt, denn nach Art. 147 OR. besteht für Zinsforderungen eine nur fünfjährige Verjährungsfrist. (Die Rechnung des Obergerichtes in Z. II, 402 ist also unrichtig).

4. Dagegen verjähren unversicherte Kaufresten, auch wenn sie im Notariatsprotokoll stehen (B. VIII, 229) sowie Klagen auf notarialische Zufertigung von Liegenschaften (U. 1727) oder auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit (Z. XXIII, 310).

Zweiter Abschnitt.

Von der Schenkung.

---

§ 426.

[1077.] Eine Schenkung ist vorhanden, wenn Jemand (der Schenkgeber) aus Freigebigkeit einem Anderen (dem Beschenkten) aus seinem Vermögen eine Bereicherung zuwendet, und dieselbe diesem zukommt.

Die Schenkung kann sich auf alle Arten von Vermögensrechten beziehen und in verschiedener Gestalt, z. B. durch Uebergabe einer Sache, durch Versprechen der Uebergabe oder einer Arbeit, oder durch Erlaß einer Schuld vorgenommen werden.

1. Die Schenkung ist dem kantonalen Rechte vorbehalten im schweiz. OR. Art. 10.

2. Schenkung. Die Schenkung kommt nicht bloß in obligatorischer Form als Schenkungsversprechen, sondern häufiger noch in sachenrechtlicher als Hingabe des geschenkten Gegenstandes vor. Da aber das Gesetzbuch es vermieden hat, einen allgemeinen Theil aufzunehmen, so sind hier die nöthigen Bestimmungen über die Schenkung bei Gelegenheit des Schenkungsversprechens aufgenommen worden.

3. Aus Freigebigkeit. Wenn diese Absicht fehlt, wird das Geschäft auch nicht dadurch nachträglich zu einer Schenkung, daß durch dasselbe der eine Theil von Seite des andern bereichert wird. OG. 1876, 102, vgl. Entscheid. des Reichsoberhandelsg. XII Nro. 20. Die Absicht ist aber bisweilen vorhanden, auch ohne daß sie ausdrücklich erklärt wird; ja es wird oft gerade, um sie zu verdecken, die Form eines andern (simulirten) Geschäftes gewählt, namentlich damit ein Angriff aus dem Grunde der Pflichtwidrigkeit vermieden werde. Das nützt aber nichts, sobald die Liberalität erkennbar wird; das Geschäft wird doch als Schenkung behandelt. Da die Anfechtung einer Schenkung wegen Pflichtwidrigkeit den Grundsätzen über die Anfechtung von Testamenten aus gleichem Grunde folgt, sind die dießfälligen Bestimmungen aus dem vorliegenden Abschnitte, in welchem sie früher standen, weg in den Abschnitt des Erbrechtes vom Pflichttheil §§ 980—984 versetzt worden.

4. Und dieselbe diesem zukommt. In den meisten Fällen wird das Geschenk von dem Beschenkten auch angenommen; und ein Schenkungsversprechen kann nur in Form des Vertrages zwischen Schenkgeber und Beschenktem wirksam werden. (Z. XIV, 126 Erw. 11). Aber Savigny (Syst. des röm. Rechts Bd. IV, § 160) hat gezeigt, daß es auch wirksame Schenkungen geben kann, ohne Annahme von Seite des Beschenkten, z. B. in Form der Zahlung einer Schuld des letztern durch den erstern. Ohne daß die Bereicherung aber dem Beschenkten zukommt (wenn auch nur als Forderung), ist keine Schenkung. Wenn Jemand Geld auswirft und Niemand es auffängt oder aufliest, so hat er dasselbe verworfen, aber nicht geschenkt.

5. Die Schenkung durch Uebergabe bedarf lediglich der für den Uebergang der betreffenden Rechte, z. B. des Grundeigenthums, eines Ordrepapiers, vorgeschriebenen Form. (Z. XIV, 167; IX, 166 Erw. 5.) Der Umstand, daß Jemand einer Sparkasse Geld einzahlt und das Sparheft auf den Namen eines Andern ausstellen läßt, genügt nicht zum Beweise einer vollzogenen Schenkung. (Z. V, 357; VI, 261; XV, 70 Erw. 3.) Es wird also darin nicht ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten gesehen, woraus diesem Dritten, sei es sofort, sei es vermöge seiner Acceptation ein, sei es selbstständiges oder unselbständiges, Forderungsrecht gegen die Sparkasse erwüchse.

6. Im Allgemeinen gilt der Grundsatz, daß die Behauptung, eine Zuwendung sei schenkungsweise gemacht worden, von dem, der sie aufstellt, bewiesen werden muß, im Zweifel also diese Absicht nicht angenommen wird (Z. IV, 249; XI, 265); doch ist auch schon vom Obergerichte ausgesprochen worden, daß die Zahlung einer fremden Schuld im Zweifel eher Schenkung als Vorschuß sei (Z. XIV, 164). Und eine Ausnahme bildet § 427.

§ 427.

[1214.] Wenn Eltern oder Großeltern den Kindern oder Enkeln Alimente geben, so wird im Zweifel angenommen, sie haben das schenkungsweise gethan.

1. Der Paragraph ist eine Ausnahme von der Regel des § 426, 6. Eltern und Großeltern sind gesetzlich verpflichtet, im Falle dringenden Bedürfnisses ihre Kinder und Enkel zu unterhalten, s. § 441; sie machen ihnen aber oft Zuwendungen auch außer diesem Falle, und da wird angenommen, sie haben, wie der alte § 1214 sagte, das aus Zuneigung und ohne Absicht der Rückforderung, also schenkungsweise, gethan. Das ist aber nur eine Auslegungsregel; wenn aus den Aeußerungen oder Umständen eine andere Meinung deutlich wird, so gilt jene Vermuthung nicht. (Z. IV, 256; X, 369; XIX, 265).

2. Z. B. Der Vater A nimmt den volljährigen Sohn B und dessen Familie, die ein eigenes Hauswesen bilden, auf Monate in sein Landhaus auf. Oder die Großmutter C erzieht ihren Enkel D in ihrem Hause und auf ihre Kosten. Oder E, der Vater eines unehelichen Kindes, übergibt dasselbe einer Familie zur Erziehung und zum Unterhalt. Da ist im Zweifel zu vermuthen, A habe aus Familienrücksichten und in freigebiger Absicht die Familie des B und ebenso die C den D bei sich wohnen und an ihrem Tische essen lassen, und E habe die dießfälligen Kosten der Erziehung, ohne Betheiligung der Mutter, auf sich nehmen wollen. Die Vermuthung wirkt aber nicht über und gegen die Sitte, sondern nur, insoweit sie mit dieser harmonirt. Aus jenem Verhalten des A folgt nicht, daß er auch die anderweitigen Auslagen für die Familie des B, z. B. Rechnungen, die er vorläufig für B bezahlt hat, schenkungsweise auf sich habe nehmen wollen.

3. Die Ausübung der Gastfreundschaft gehört ebenfalls hieher, auch ferneren Verwandten und Freunden gegenüber. Man kann aus ihr regelmäßig auf die Absicht der Freigebigkeit schließen, und es rechtfertigt sich dann die Ersatzforderung nicht. Besonders leicht wird dann auf die Absicht zu schenken geschlossen, wenn Kinder ihre Eltern alimentiren. (Z. XVI, 335.)

4. Gegenüber Stiefkindern tritt die Vermuthung nicht ein. (Z. V, 237; VIII, 141.)

§ 428.

[1078]. Die Beschränkung der letztwilligen Verordnungen mit Rücksicht auf den Pflichttheil der Erben kommt für die Schenkungen unter Lebenden nicht zur Anwendung.

1. Pflichttheil s. §§ 969—992.

2. Schenkungen unter Lebenden. Den Gegensatz bilden die Schenkungen auf den Todesfall. Sie sind als letztwillige Anordnung behandelt und fallen daher unter § 978. Der Unterschied zwischen beiden Arten der Schenkung ist der, daß bei der erstern der Schenkgeber das Geschenk sich selber entzieht und damit den Beschenkten bereichert, bei der letztern dagegen das Geschenk selber behält und es erst seinen Erben entzieht, um dem Beschenkten vor diesen den Vorzug zu geben. Jene Schenkung ist daher eine einfache Anwendung der Verfügungsfreiheit des Eigenthümers über sein Vermögen, diese dagegen erscheint als ein Eingriff in das Erbrecht, wenn sie den Pflichttheil derselben beeinträchtigt.

3. Allein dieser Paragraph wird für viele Fälle wieder aufgehoben durch die §§ 980—984, wonach, wenn ein Rechtsgeschäft in die Form einer Schenkung unter

Lebenden gekleidet worden ist, damit durch dasselbe die Bestimmungen über den Pflichttheil umgangen werden, dieses Geschäft doch wegen Pflichtwidrigkeit angefochten werden kann, und angegeben wird, wann insbesondere auf die pflichtwidrige Absicht zu schließen sei. Der frühere § 1078 hatte daher nur gesagt, daß die Beschränkung ..... „in der Regel" nicht zur Anwendung komme; diese drei Worte sind also nicht im Sinne einer materiellen Aenderung gestrichen worden.

§ 429.

[1083.] Auch unter Ehegatten sind Schenkungen erlaubt. Die Form richtet sich nach den Vorschriften der §§ 600 und 601.

1. Das römische Recht hat zwar die Schenkungen unter Ehegatten für ungültig erklärt, aber es widerstrebt dieses Verbot unsern Ansichten und ist bei uns nie praktisch geworden. Dafür, daß nicht der Mann sein Uebergewicht mißbrauche, um die Frau zu unmotivirten bedeutenden Schenkungen an ihn zu bewegen, ist durch die allgemeinen Vorschriften über die Form der Verträge unter Ehegatten vollständig gesorgt.

2. Als Gegenstände solcher Schenkungen erscheinen besonders Todesversicherungspolicen der Ehemänner. Dabei ist darauf zu achten, daß der Beweis der Uebergabe der Police an die Frau geleistet werden könne; vgl. Z. XXII, 354. Auch die bloße Einlage in eine Sparkasse auf den Namen der Frau ohne Uebergabe des Sparheftes an sie genügt nicht zum Beweise der Schenkung. (Z. XI, 265 Erw. 5.)

§ 430.

[1084.] Zur Annahme einer Schenkung sind auch solche Personen fähig, welche unter Vormundschaft stehen (Ehefrauen, Kinder), insofern sie überhaupt ein Verständnis des Geschäftes haben (Schweizerisches Obligationenrecht Art. 30 und 31) und soweit in demselben eine wirkliche Bereicherung liegt.

Der Vormund ist jedoch berechtigt, theils ihnen die Annahme eines Geschenkes zu untersagen, theils die versuchte Annahme zu mißbilligen und dadurch beziehungsweise durch Rückgabe der geschenkten Sache unwirksam zu machen.

1. Neu ist in dem Paragraphen nur das Citat.

2. Verständniß des Geschäfts. Ein Wahnsinniger oder ein kleines Kind (s. Schneider, Kommentar zum schweiz. Handlungsfähigkeitsges. Art. 2, 1) kann daher persönlich kein Geschenk annehmen, noch durch seine Annahme bereichert werden. Will man solchen Personen schenken und ist die Annahme zur Wirkung des Geschenks nöthig, so bedarf es der Mitwirkung eines handlungsfähigen Stellvertreters für dieselben. Dagegen der Minderjährige von siebzehn Jahren und sogar der Unmündige von zwölf Jahren kann mit Wirkung z. B. ein Geldgeschenk annehmen, dessen Bedeutung er versteht. Weil er dadurch nur einen Vermögensvortheil gewinnt und keinen Nachtheil erleidet, so darf man unbedenklich seinen Willen gewähren und wirken lassen.

3. Der Vormund. Es gilt das selbst der Ehefrau gegenüber, so weit hier der Mann in gutem Glauben die Rechte des Vormundes übt. Wollte aber der Mann, der für seine Frau nicht gehörig sorgt, aus Chikane ihr die Annahme von Schenkungen verbieten, so könnte die Frau sich mit Berufung auf den in § 594 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatz solcher Tyrannei entziehen.

§ 431.

[1085.] Eine gültig vollzogene Schenkung kann von dem Schenkgeber nur widerrufen werden:

a. wegen Undankes des Beschenkten;

b. wegen Verschwendung im Sinne des § 433.

Vorbehalten bleibt die Anfechtung einer vollzogenen Schenkung durch die Gläubiger im Konkurse (§ 1104).

1. Vgl. § 438. Bluntschli's Entwurf hatte ferner vorgeschlagen: „Innerhalb Jahresfrist kann der Schenkgeber die Schenkung wegen Uebermaßes widerrufen, insofern:

a. die Schenkung einen Viertheil seines Vermögens übersteigt;

b. dieselbe nicht durch besondere Pietätsrücksichten zu dem Beschenkten gestützt wird."

Die Ansicht, daß der Widerruf von Schenkungen aus dem Grunde des Uebermaßes auf noch nicht vollzogene Schenkungen beschränkt, bezüglich der bereits vollzogenen dagegen nicht gestattet werde, erhielt aber die Mehrheit. Dieselbe wurde damit begründet, daß an sich die Forderung auf Rückgabe der Schenkung strenger zu behandeln sei als die Weigerung, ein bloßes Schenkungsversprechen zu vollziehen, theils weil in dem freiwilligen Vollzug der Schenkung die thatsächliche Bekräftigung derselben liege, theils weil durch die Rückforderung der thatsächlich bestehende Rechtszustand angegriffen werde. Für den ursprünglichen Antrag wurde angeführt, daß andere Gesetzgebungen der Gefahr leichtsinniger und in schwachen Stunden abgelockter Schenkungen durch formelle Vorschriften entgegen zu wirken suchen, wir aber eine solche besondere Form für wichtige Schenkungen nicht haben, und daß um deßwillen es angemessen erscheine, wenn wenigstens eine Zeit lang noch unmäßige Schenkungen durch den Widerruf zurückgenommen werden können. Die Mehrheit beruhigte sich jedoch bei der Beschränkung dieses Widerrufs auf unvollzogene Schenkungen um so eher als der Widerruf wegen Verschwendung in wichtigen Fällen helfe.

2. Durch die Gläubiger. Es ist das nicht Widerruf, sondern Anfechtung der geschehenen Schenkung, und nicht durch den Schenkgeber, sondern durch die Konkursgläubiger.

3. Dieser Paragraph gibt dem Schenkgeber nur ein persönliches Forderungsrecht; es kann dieser nicht etwa die geschenkte Sache wieder vindiciren, und es stehen ihm auch dingliche Rechte, welche etwa Dritte unterdessen an der geschenkten Sache erworben haben, entgegen. (Z. XI, 362; XIV, 189, Erw. 4; OG. 1873, 22, Nro. 15.)

4. Zu a. s. § 432.

§ 432.

[1086.] Der Widerruf wegen Undankes des Beschenkten setzt eine erhebliche Schenkung voraus und von Seite des Beschenkten eine Handlung oder ein Benehmen gegen den Schenkgeber, welche offenbaren Undank bekunden.

1. Offenbaren Undank. Bloße, wenn auch ernste Differenzen und selbst Streitigkeiten mit dem Schenkgeber sind nicht ohne Weiters als Undank aufzufassen, auch wenn sie diesem so erscheinen sollten. Sie sind nur insofern Aeußerungen des Undanks, als sie zugleich ein unmoralisches Verhalten von Seite des Beschenkten und eine Verletzung der dem Schenkgeber schuldigen Pietätsrücksichten bekunden.

§ 433.

[1087.] Hat sich der Schenkgeber bei der Schenkung als Verschwender erzeigt und ist gegen denselben die öffentliche Bevormundung wegen Verschwendung eingeleitet worden, so kann eine derartige Schenkung, ungeachtet sie zum Vollzuge gekommen ist, binnen Jahresfrist von der Vormundschaft im Namen des Schenkers widerrufen werden.

1. Bei der Schenkung. Daß er sich in anderen Handlungen als Verschwender gezeigt habe, genügt nicht zur Aufhebung der Schenkung. Nur wenn die Schenkung selbst als Verschwendung erscheint, kann sie vom Vormunde des Schenkgebers widerrufen werden, daß eine derartige Schenkung offenbar ungehörig und deßhalb die Aufhebung derselben gerechtfertigt sei, steht unzweifelhaft fest, und man braucht sich nur einzelne Fälle zu veranschaulichen — z. B. ein verschwenderischer junger Mann, der eine bedeutende Erbschaft gemacht hat, verschenkt diese an ein liederliches Weib, das ihn gefangen hat —, um das Bedürfniß einer solchen Rechtshülfe lebhaft zu empfinden.

§ 434.

[1088.] Die Erben des Schenkgebers können die Schenkung nicht widerrufen, wohl aber die von dem Schenkgeber bereits eingeleitete Klage auf Wiederherstellung fortsetzen.

1. Den Erben steht der Widerruf auch aus dem Grunde der Verschwendung zu, wenn der Schenkgeber nach Einleitung der Bevormundung und vor dem Widerruf durch die Vormundschaft gestorben ist. Deswegen ist dieser Paragraph hinter, nicht vor § 433 gestellt worden.

§ 435.

[1089.] Die Rückgabe der widerrufenen Schenkung wird durch das Maß der noch vorhandenen Bereicherung bestimmt.

1. Es wäre unbillig, wollte man den in gutem Glauben Beschenkten anhalten, auch was er nicht mehr hat von dem Geschenk zu ersetzen und so in Folge der empfangenen Schenkung Schaden an seinem Vermögen zu leiden. Aber beim Widerruf hat auch der Undankbare und der wissentlich verschwenderisch Beschenkte nur die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben, anders als der bösgläubige Beschenkte bei der pflichtwidrigen Schenkung § 981, oder bei der Schenkung zur Schädigung der Gläubiger § 1104.

§ 436.

[1090.] Das Schenkungsversprechen begründet eine Schuld des Schenkgebers an den annehmenden Beschenkten, die versprochene Leistung zu erfüllen.

1. Im Schenkungsversprechen liegt bereits eine Schenkung; denn aus demselben entsteht eine Forderung des Beschenkten gegen den Schenkgeber auf Erfüllung seines Versprechens. Das Versprechen war eine freiwillige Bereicherung des Beschenkten, die Hingabe des versprochenen Geschenks dagegen ist nicht mehr ein unmittelbarer Akt der Liberalität, sondern die Bezahlung einer Schuld. (U. 1781.)

2. Ein Schenkungsversprechen liegt nicht vor, wenn ein Versprechen nicht aus bloßer Liberalität, sondern im eigenen Interesse des Versprechenden gegeben worden ist. (Z. XVIII, 109.) Ein simulirtes Versprechen der Schenkung eines Heirathsgutes behufs Erwirkung der für einen Ausländer nothwendigen Heirathsbewilligung s. Z. XXII, 134.

3. Die bloße Uebergabe einer Schenkungsurkunde an den Beschenkten, wonach diesem nach dem Tode des Schenkgebers eine Summe ausbezahlt werden soll, ist nicht erfüllte Schenkung, sondern bloßes Schenkungsversprechen, weil dadurch die Aktiven des Schenkgebers noch nicht vermindert sind (OG. 1885, Nro 51). Dagegen ist die Anlobung eines Weibergutsversicherungsbriefes durch den Ehemann für ein bis dahin nicht bestandenes Weibergut erfüllte Schenkung, nicht bloß Schenkungsversprechen. (Z. XXIII, 167), ebenso die Hingabe einer Todesversicherungspolice (das. 445, Erw. 1) oder eines Schuldbriefes. (Z. XXII, 131.) Wohl aber ist als bloßes Schenkungsversprechen behandelt worden das Versprechen eines Kreditors an den Bürgen seines Schuldners, ihn nie aus der Bürgschaft zu belangen. (Z. XIX, 107, Erw. 5), was doch wohl eher auch bereits vollzogene Schenkung ist.

§ 437.

[1091.] Auf ein mündliches Schenkunsversprechen läßt sich keine Erfüllungsklage begründen. Es bedarf das Schenkungsversprechen zu seiner Klagbarkeit der schriftlichen Form.

Ist aber die mündlich versprochene Sache nachher von dem Schenkgeber dem Beschenkten übergeben und dadurch die Schenkung bekräftigt worden, so kann jener dieselbe nicht mehr aus dem Grunde der fehlerhaften Form zurückfordern.

1. Es entsteht somit aus dem mündlichen Schenkungsversprechen eine bloße sogen. natürliche Verbindlichkeit, naturalis obligatio, welche von einer Rückforderung des

Bezahlten schützt, zur soluti retentio berechtigt. Das alte zürcherische Recht hatte die schriftliche Form nicht verlangt.

2. Schriftliche Form s. schweiz. OR. Art. 10—13. Zur Perfektion des Schenkungsversprechens ist nothwendig, daß die Urkunde dem Beschenkten übergeben sei. (Z. IX, 75.)

3. Das bei Abschluß des Kaufvertrages über ein Haus vom Käufer gegebene Versprechen eines Trinkgeldes an die Ehefrau des Verkäufers ist nicht ein Schenkungsversprechen, sondern eine Nebenbestimmung des Kaufvertrages. (Z. IX, 322.)

§ 438.

[1092.] So lange das Schenkungsversprechen unerfüllt geblieben ist, kann der Schenkgeber die Schenkung außer den Fällen des Undankes und der Verschwendung (§§ 431 bis 433) auch noch widerrufen:

c. wegen Uebermaßes;

d. weil er selber in Noth gerathen ist;

e. weil ihm nach der Schenkung ein Kind geboren worden ist, während er zur Zeit der Schenkung kinderlos gewesen war.

Die Frage, ob ein Schenkungsversprechen als übermäßig zu betrachten sei, wird je nach den Umständen durch freies richterliches Ermessen entschieden.

1. Widerrufen. Der Schenkgeber ist zwar Schuldner geworden, aber die Natur dieser Schuld verstattet doch — aus Rücksicht auf ihre Unentgeltlichkeit — eine leichtere Lösung als andere auf Empfang eines Gegenwerthes beruhende Schulden.

2. Das gilt auch gegenüber einem Cessionar des Beschenkten, falls der Forderungstitel der Schenkung diesem bekannt ist; denn in diesem Fall steht Art. 189 des schweiz. OR. nicht entgegen, da der Cessionar die Widerruflichkeit der Forderung kennt.

3. Zu lit. c. Das Obergericht hat in einem Falle die Ueberlassung ungefähr des halben Ertrages des Weibergutes an die alte vermögenslose Schwiegermutter für nicht übermäßig erklärt (Z. XVIII, 132); in einem andern Falle dagegen reduzirte es die Schenkung eines Mannes an seine Frau von Fr. 4200 auf Fr. 1200, wobei freilich der gedruckte Bericht keinen Aufschluß über die Vermögensverhältnisse des Mannes gibt (Z. XXIII, 168 Erw. 4).

4. Zu lit. e. Diese Bestimmung ist einer ähnlichen des römischen Rechtes nachgebildet.

§ 439.

[1093.] Geräth der Schenkgeber in Konkurs, so gehen die Forderungen gegen ihn aus Schenkungsversprechen von Rechtes wegen unter.

1. Es ist der Billigkeit gemäß, daß die Konkursmasse, die nicht einmal zur Befriedigung derjenigen Forderungen hinreicht, welche in dem Geschäftsverkehr und empfangenen Gegenwerthen einen Grund haben, nicht auch noch durch Schenkungen ver-

mindert werde. Wer nicht im Stande ist, seine Verpflichtungen zu erfüllen, soll nicht durch Liberalitäten sein Vermögen noch weiter belasten. Ist aber die Schenkung vor dem Konkurse vollzogen worden und so das Eigenthum an dem Geschenk auf den Beschenkten übergegangen, dann kann dieselbe freilich nur im Sinne des § 1104 angefochten werden. — Vgl. auch die Gesetzbücher von Bern § 725, Luzern § 569, Graubünden § 377 Abs. 2, Aargau § 751.

§ 440.

[1094.] Hat der Schenkgeber sich zu wiederkehrenden Leistungen, z. B. Alimenten oder jährlichen Beiträgen für wohlthätige Zwecke verpflichtet, so geht diese Verpflichtung nicht von Rechtes wegen auf die Erben desselben über, sondern nur, wenn er ausdrücklich seine Erben ebenfalls hat binden wollen und gebunden hat.

1. Vgl. Oesterr. § 955. Eine Interpretationsregel, welche ihren Grund theils in der Erfahrung hat, daß der Schenkgeber in solchen Fällen durchweg nur sich selber, nicht auch seine Erben verbinden will, indem er diese wiederkehrenden Leistungen als laufende Ausgaben seiner persönlichen Wirthschaft zu betrachten pflegt, theils in der Erwägung, daß die entgegengesetzte Auslegung die Verpflichtung häufig zur unbegrenzten und unendlichen machen würde.

Dritter Abschnitt.

Von der Unterstützungspflicht.

---

§ 441.

[1095.] Die Unterstützungspflicht der Familie wegen Armut eines Anverwandten wird durch das Gesetz über das Armenwesen bestimmt.

Wenn jedoch die unterstützungspflichtigen Personen mit dem Unterstützungsberechtigten in auf- oder absteigender Linie verwandt sind, so bleibt die Unterstützungspflicht nicht auf die Fälle beschränkt, in welchen die öffentliche Unterstützung angesprochen werden kann, sondern tritt auch dann ein, wenn überhaupt nach den besonderen Lebens- und Familienverhältnissen ein dringendes Bedürfniß von Unterstützung und Beihülfe vorliegt, und auf Seite des Pflichtigen die erforderliche Beistandsfähigkeit vorhanden ist.

1. Der Familie im Gegensatze zu der Unterstützungspflicht der Gemeinde und des Staates, welche dem öffentlichen Rechte angehört und durch das Gesetz betr. das Armenwesen vom 28. Juni 1853 (Off. S. Bd. IX, 260) und die sich daran anschließenden Verordnungen (Off. S. Suppl. p. 53 u. ff.) normirt wird, somit als Administrativsache, nicht als Sache der Gerichte zu behandeln ist (Z. X, 243); die Unterstützungspflicht der Familie dagegen ist Rechtssache (§ 15 des cit. Ges.)

2. Das Gesetz über das Armenwesen (s. Ziff. 1) bestimmt:

§ 7. „Die Unterstützung hülfsbedürftiger Armer ist zunächst Pflicht der Familie, welcher sie angehören. In erster Linie sind die Eltern und Kinder, neben diesen die Kinder vorverstorbener Kinder, in zweiter Linie die Großeltern (von väterlicher und mütterlicher Seite) und Enkel gegenseitig zur Unterstützung, soweit die einen und die andern sie zu leisten vermögen, verpflichtet. In dritter Linie können die erbberechtigten Geschwister zur Theilnahme an der Unterstützung angehalten werden, jedoch nur insoweit, als die Erfüllung der dießfälligen Leistungen für sie in keiner Weise drückend wird.

§ 8. So weit nach § 7 eine Familienunterstützung nicht stattfindet, tritt die Unterstützung der Gemeinde ein.

§ 20. Die Armenpflege ist berechtigt, auf die Hinterlassenschaft von Solchen, welche für sich oder die Ihrigen Unterstützung aus dem Armengute erhalten haben oder auf Erbschaften, welche denselben zugefallen sind, Regreß zu nehmen oder auch bei sonst eingetretenen günstigern Umständen Rückerstattung der geleisteten Unterstützung zu fordern. Bei der Rückforderung geleisteter Unterstützungen darf jedoch die Armenpflege keine Zinsen berechnen." (Vgl. Z. XVI, 327).

Das Obergericht hat in diesem Falle die Regreßklage gegen einen von mehreren Söhnen des Unterstützten auf den ganzen Betrag der Unterstützung gegeben. (Z. XIX, 252).

Die Instruktion für die Armenbehörden vom 24. Jan. 1854 (Off. S. Suppl., 53) sagt:

§ 9. „Die Armenpflege hat . . . die Leistungsfähigkeit der betreffenden Verwandten wohl ins Auge zu fassen. Die in 2. oder 3. Linie zur Unterstützung Verpflichteten können dazu auch dann angehalten werden, wenn die Verwandten, welchen diese Pflicht in 1. bzw. 2. Linie obliegt, gar nicht oder nur zum Theil und ungenügend die ihnen obliegende Pflicht zu erfüllen im Stande sind. Das Maß der zugemutheten Unterstützung soll aber nicht von solcher Art sein, daß dadurch Noth oder Verarmung für den Unterstützungspflichtigen selbst herbeigeführt würde. Die erbberechtigten Geschwister können nur zur Theilnahme an der Unterstützung, sei es neben andern Anverwandten, sei es neben der Gemeinde, nicht aber zur Leistung der ganzen als nothwendig anerkannten Unterstützung, aber auch zu der Theilnahme nur insoweit angehalten werden, als die dießfälligen Leistungen für sie in keiner Weise drückend sind." (Vgl. Z. VII, 129).

3. In auf- und absteigender Linie. In dem Verhältniß der Eltern zu den Kindern, der Kinder zu den Eltern, der Großeltern zu den Enkeln und dieser zu jenen wird eine nicht auf die Fälle wirklicher Armuth beschränkte, sondern in weiterem Umfange wirksame Unterstützungspflicht anerkannt, welche ohne Mitwirkung der Armen-

behörden als einfache Rechtspflicht gefordert werden kann. Sie gründet sich auf den engen Bluts- und Pietätsverband dieser Personen. Dabei wird übrigens auf Seite des Vaters eheliche Verwandtschaft vorausgesetzt, indem nur diese die eigentliche Familie begründet. Das Verhältniß der außerehelichen Kinder zu dem Vater ist durch die §§ 690 ff. bestimmt. Die Voraussetzungen jener Unterstützungspflicht, welche mit der Pflicht der Eltern, die minderjährigen Kinder zu erziehen und zu unterhalten, nicht zu verwechseln ist, indem jene nur ausnahmsweise, diese regelmäßig eintritt, sind:

a. auf Seite des Unterstützung Begehrenden ein dringendes Bedürfniß von Beihülfe, z. B. wegen einer schweren Krankheit, welche ihn verhindert, sich selbst durch seine Arbeit zu ernähren, oder wegen Unfähigkeit einer Mutter, die reiche oder wohlhabende Söhne hat, ihrem Stande gemäß aus eigenen Mitteln zu leben;

b. auf Seite des Pflichtigen, zureichendes Vermögen, um ohne für sich und mit seiner Haushaltung deßhalb in Bedrängniß zu gerathen, jenes Bedürfniß befriedigen zu können.

Der Umfang der Unterstützung richtet sich nach den Umständen. Es ist nicht bloß die äußerste Nothdurft zu befriedigen, sondern es sind bescheidene Ansprüche, wenn die Kräfte dafür ausreichen, vollständig zu erfüllen. Eine gebildete Frau z. B., welche von ihren Kindern Unterstützung anspricht, bedarf eines andern Maßes, als eine Frau, die gewöhnt war, von ihrer Hände Arbeit zu leben. Die wahre Rechtsgleichheit ist nicht die, welche ungleiche Verhältnisse gleichmäßig behandelt, sondern die, welche die ungleichen Verhältnisse gleichrichtig, d. h. verhältnißmäßig beachtet. Vgl. Bluntschli's Zürch. Rechts-G. II, S. 219.

4. Eine Anregung, die Unterstützungspflicht auf alle intestaterbberechtigten Verwandten auszudehnen, wurde abgelehnt, da kein Bedürfniß einer Aenderung des Bisherigen sich herausgestellt habe.

§ 442.

[1096.] Durch grobe Verletzung der Familienpietät oder durch ein Betragen oder durch Handlungen, welche die persönliche oder die Familienehre zerstören oder schwer verletzen, wird das Recht auf diese erweiterte Unterstützung der Familie verwirkt, nicht aber die regelmäßige Unterstützungspflicht in Armutsfällen beseitigt.

1. Die erhöhte Unterstützungspflicht aus Familienpietät setzt voraus, daß der Unterstützung Begehrende seinerseits diese Pietät beachtet und sich nicht des Verbandes unwürdig gemacht habe. Dagegen die beschränktere Armenunterstützungspflicht bleibt, weil sie nothwendig ist, fortbestehen. Würde man auch sie als verwirkt behandeln, so würde damit nur die Last der Gemeinde vergrößert.

Vierter Abschnitt.

Von dem Kaufe.

A. Allgemeine Bestimmungen.

§ 443.

[1386.] Der Kaufvertrag über eine Liegenschaft zwischen einem Vorfahren (Eltern, Großeltern) als Verkäufer und einem Nachkommen (Sohn, Tochter, Enkel) als Käufer und ebenso zwischen den beiden Ehegatten als Vertragsparteien ist nur unter der Voraussetzung gültig, daß dort nicht einer der übrigen Nachkommen des Verkäufers, hier nicht ein Nachkomme einer der beiden Parteien wegen Pflichtwidrigkeit des Geschäftes Einsprache zu machen berechtigt ist und wirklich erhebt.

Vor der kanzleiischen Fertigung hat sich daher der Notar davon zu überzeugen, daß die Nachkommen entweder ihre Zustimmung erklärt oder, nachdem sie zur Erklärung durch Mittheilung des Kaufvertrages amtlich aufgefordert worden, sich verschwiegen haben.

Wollen dieselben auf die erhaltene amtliche Aufforderung hin ihre Zustimmung verweigern, so haben sie dies sofort zu erklären und bei dem Gerichte des Wohnortes des Verkäufers die Klage auf Ungültigerklärung des Kaufvertrages einzuleiten.

Wird die friedensrichterliche Weisung nicht binnen sechs Wochen nach der erhaltenen Anzeige dem Gerichte eingereicht, so erlischt ihr Recht zur Beschwerde. Für bevormundete Nachkommen ist dem Vormunde beziehungsweise der Waisenbehörde Anzeige zu machen und in diesem Falle die Verschweigungsfrist auf drei Monate erstreckt.

1. Der Kauf steht im Wesentlichen unter dem schweiz. OR. Art. 229—271, und es gelten dessen Bestimmungen auch für die dem kantonalen Rechte vorbehaltenen Kaufsverträge, soweit in den hier folgenden §§ 414, 443—469 nicht etwas Abweichendes bestimmt ist (s. § 1089). Es sind aber ausnahmsweise unter kantonalem Rechte geblieben:

a. Kaufverträge über Liegenschaften laut schweiz. OR. Art. 231 Abs. 1; siehe die §§ 443, 447—457, 459.

b. Die Klagbarkeit von Forderungen aus dem Kleinvertrieb geistiger Getränke, einschließlich der Forderung für Wirthszeche, laut schweiz. OR. Art. 231, Abs. 2. Mit Bezug hierauf enthielt das zürch. Gesetz über die Polizei

an Sonn- und Festtagen (Off. S. Bd. V, 284) § 17 die Vorschrift, daß für Schulden, die von „Uertenaufschlagen und Weinschenken auf Borg und Beit herrühren", kein Recht gehalten werden solle. Man war allseitig darüber einverstanden, daß diese Bestimmung zu streichen sei, der Kanton Zürich also von dem Rechte, die Klagbarkeit solcher Forderungen zu beschränken, hinfort keinen Gebrauch mehr machen solle.

c. Die Bestimmungen über Gewährleistung wegen Mängel beim Handel mit Vieh (Pferden, Eseln, Mauleseln, Rindvieh, Schafen, Ziegen und Schweinen) laut Art. 890 schweiz. OR.; hievon hat der Kanton Zürich nur den Gebrauch gemacht, daß er das von ihm über Thiere aus dem Pferdegeschlecht und Rindvieh geschlossene Konkordat vorbehielt; die andern Thiere hat er unter das eidgenössische Recht gestellt, s. §§ 444 bis 446.

d. Die Anordnung und Ausführung der Versteigerungen, so weit sie dem schweiz. OR. nicht widersprechen, s. § 458—469. Das schweiz. OR. enthält zwar keinen dießfälligen Vorbehalt; aber auch keine Bestimmungen über das Gantverfahren. Dieses Verfahren ist daher innert den vom OR. gezogenen Schranken von den Kantonen zu normiren.

2. Der Kaufvertrag über eine Liegenschaft bedarf nach § 414 der schriftlichen Form, ausgenommen den Fall der Versteigerung (§§ 460, 463).

3. Bluntschli schreibt zu dem §: Die bisherige Gesetzgebung über die Verkäufe von Liegenschaften zwischen Eltern und Kindern, oder unter Ehegatten (Gesetz vom 12. Christmonat 1812 Mediat. Off. S. Bd. V, 225, 317) war strenger und formeller. Dieselbe forderte die gerichtliche Genehmigung solcher Verträge. Die Absicht des Gesetzes war, zu verhüten dort, daß nicht in solcher Weise ein Vater einen Sohn oder eine Tochter zum Nachtheil seiner andern Kinder übermäßig begünstige und dadurch dem Erbrechte der letztern pflichtwidrig seinen Inhalt entziehe, und hier, daß nicht die Nachkommen des einen Ehegatten zum Vortheil des andern Ehegatten und seiner Kinder pflichtwidrig benachtheiligt werden. Das Mittel, diesen Zweck zu erreichen, paßt aber nicht zu den heutigen Rechtsansichten, welche eine Bevormundung selbständiger Privatpersonen durch die Gerichte verwerfen. Insofern jenen Gesetzen eine praktisch wichtige Rücksicht zu Grunde liegt, läßt sich auf einfachere Weise dadurch helfen, daß man den betheiligten Erben (Kindern, Enkeln), deren Pflichttheilsberechtigung geschützt werden soll, die Veranlassung gibt, ihre Rechte selbst zu wahren. In den meisten Fällen bedarf es dazu einer gerichtlichen Verhandlung gar nicht, sondern ist durch die außergerichtliche Einholung der Zustimmung und die Prüfung des Notars genügend geholfen. Eine kurze Frist, deren Nichtbenützung als Verschweigung der Einsprache wirkt, trägt dazu bei, in Bälde Klarheit zu gewinnen und die nöthige Rechtssicherheit herzustellen.

4. Einsprache erhebt. Es ist nicht nöthig, daß die übrigen Erben ausdrücklich ihre Zustimmung erklären. Die Kontrahenten brauchen daher nicht diese gerichtlich auf Zustimmung zu belangen. Wenn dieselben schweigen, oder wenn sie sogar ihre Zustimmung ausdrücklich verweigern, aber es versäumen, ihrerseits die Einsprache gerichtlich geltend zu machen, so wird in kurzer Zeit ihr Recht zur Einsprache verwirkt. Hat aber ein Erbe seine Zustimmung einem der Kontrahenten gegenüber ausdrücklich erklärt, so ist er an dieselbe gebunden und kann nicht nachher

den Vertrag, auch nicht vor Ablauf der gesetzlichen Frist, als pflichtwidrig anfechten: vorbehalten natürlich die Fälle einer dolosen Verlockung zu der Zustimmung.

5. Der Notar. Er kann sich gewöhnlich leicht über das Dasein von Erben unterrichten, welche zur Einsprache berechtigt sind. Zu diesem Zweck kann er aus den Standesregistern sich einen Auszug geben lassen.

6. Amtlich aufgefordert. Die amtliche Aufforderung, regelmäßig durch den Gemeindammann, ist nur deßhalb nöthig, um einen sichern Anfang der Verjährung zu gewinnen.

7. Bei dem Gerichte des Wohnortes des Verkäufers. In Bluntschli's Entwurf hieß es: „bei dem Gerichtsstande der belegenen Sache". Zur Begründung dieses Vorschlags wurde angeführt, daß der Streit sich wesentlich auf die Veräußerung, beziehungsweise die Entfremdung der Liegenschaft beziehe und daher alle darauf bezüglichen Anstände schicklich bei dem Gerichte bereinigt werden, in dessen Sprengel das Gut liege. Dagegen wurde erwiedert, der Streit sei seiner Natur nach ein persönlicher und kein zureichender Grund, von der Regel abzuweichen, daß der Wohnort des Beklagten den Gerichtsstand der persönlichen Klagen bestimme. Die Kommission entschied sich sodann mit Einmuth für die letztere Ansicht. Der wahre Beklagte ist durchweg der Verkäufer, nicht der Käufer, denn jener entzieht das Grundstück dem bisherigen Erbgang durch die Veräußerung. Bei Verkäufen unter Ehegatten läßt sich zwar ausnahmsweise denken, daß der Käufer ein pflichtwidriges Geschäft eingehe, indem er unverhältnißmäßig theuer kauft. Aber da die Ehegatten den nämlichen Wohnort haben, so ist es nicht nöthig, diesen überdem höchst seltenen Versuch der Umgehung der Erbgesetze hier besonders zu berücksichtigen.

8. Bluntschli's Entwurf hatte noch den Zusatz: „Bei Versteigerungen kommt diese Ausnahmsbestimmung überall nicht zur Anwendung." Für denselben wurde angeführt: Wenn auf öffentlicher Gant der Sohn die Liegenschaft des Vaters als Meistbieter erstehe, so sei er nur wie jeder dritte Meistbieter als Käufer zu betrachten und auch den übrigen Erben hinreichende Gelegenheit gegeben, wenn sie den Preis zu gering finden, jenen zu überbieten. Dagegen wurde erwidert, es sei bedenklich, eine formelle Ausnahme der Art im Gesetz zu erwähnen. Sie könnte leicht als Ausflucht benutzt werden, um der Regel zu spotten; denn es sei nicht schwer, scheinbar eine Gant für Jedermann abzuhalten und durch die Festsetzung der Gantbedingungen dafür zu sorgen, daß doch nur der gewünschte Käufer bieten könne. Man fand es daher gerathener, die Erwähnung jener Ausnahme zu streichen. Ist es auf der öffentlichen Gant redlich hergegangen, so wird eine Einsprache eines vermeintlich geschädigten Erben ohnehin nicht leicht von Erfolg sein. (arg. B. X, 278; XVI, 341 Erw. 1).

9. Nachkommen. Darunter sind nur die unmittelbaren Descendenten des Verkäufers zu verstehen, nicht auch Kinder eines noch lebenden Kindes desselben (Z. XIV, 467 Erw. 2); und das gilt auch dann, wenn der noch lebende Sohn verrechtfertigt und zu Gunsten seiner Kinder enterbt ist (das. Erw. 3).

10. Ehegatten. Zum Abschluß eines solchen Kaufvertrages bedarf die Frau nach § 600 außerdem des Beirathes und der Zustimmung eines außerordentlichen Vormundes.

11. Pflichtwidrigkeit. In der Behauptung derselben liegt die Angabe, daß der angebliche Kauf ganz oder zum Theil simulirt, in Wirklichkeit Schenkung sei, der

Kauf also die Absicht berge, das Erbgesetz zu umgehen und dem einsprechenden Nachkommen den Pflichttheil ganz oder theilweise zu entziehen und daß der Pflichttheil wirklich verletzt sei. §§ 980—984. (Z. XIX, 280; OG. 1873 Nro. 8.) Es kann so, wenn keine Nachkommen des Verkäufers vorhanden sind, durch sein Kaufsgeschäft auch ein anderer Pflichttheilsberechtigter gefährdet sein; allein dieser kann nicht wie ein Nachkomme die Fertigung hindern, sondern ist lediglich auf die Rechtsmittel der §§ 980 u. ff. angewiesen.

12. Die Nachkommen können sich auf diesen Paragraphen auch dann berufen, wenn er zwar dem Wortlaute nach beachtet, dem Sinne nach aber umgangen worden ist; z. B. der Verkauf hat zu angemessenem Preise stattgefunden und die Nachkommen haben ihre Zustimmung gegeben, aber der Kaufpreis wird nachher dem Käufer geschenkt; oder der Vater verkauft an einen Dritten, und dieser dann erst an den Sohn, es ist aber der Uebergang an den Sohn von Anfang an beabsichtigt gewesen. (B. VII, 453; XIV, 188; Z. X, 334; OG. 1877 Nro. 35, Nr. 59.)

13. Wenn die Nachkommen in die Fertigung eingewilligt haben, so können sie nach dem Tode des Verkäufers nicht mehr verlangen, daß der Käufer einen Ueberschuß des Werthes des Kaufsobjektes über den Kaufpreis zur Theilung bringe (konferiere). (Z. XVII, 8 Erw. 1.)

14. Amtliche Aufforderung. Dieselbe braucht nicht nothwendig durch den Notar zu geschehen (Z. XVII, 8 Erw. 1.) Die Frist kann auch nachträglich durch das Gericht angesetzt werden. (OG. 1877 Nro. 59.) Dagegen läuft sie nicht von einer auf anderem Wege erlangten Kenntniß des Kaufsgeschäftes an. (OG. 1877 Nro. 35.)

15. Die Anfechtung des Kaufes kann auch durch den Verkäufer selbst geschehen. (Z. XVII, 9 Erw. 2, b.)

16. Wenn die hier vorgeschriebenen Formen unterlassen worden sind, so ist der ganze Kauf ungültig, nicht bloß die Verletzung des Pflichttheils zu beseitigen. (OG. 1879 Nro. 32.)

§ 444.

[1423.] Mit Bezug auf die Währschaftsmängel von Pferden und Rindvieh und auf das für diese Art des Viehhandels eigenthümliche Verfahren gelten die durch die Konkordate bestimmten besonderen Grundsätze.

1. Vgl. § 443, 1 c. Konkordat vom 5. August 1852 (Eidg. Ges.-Samml. Bd. IV, 210; zürch. Off. S. Bd. IX, 254). Dasselbe besteht noch unter den Kantonen Zürich, Schwyz, Basel (Stadt und Landschaft), Appenzell (Außer- und Innerrhoden), St. Gallen, Aargau, Thurgau. S. Anhang.

2. Pferden. Es sind wohl die im Konkordat angeführten Thiere aus dem Pferdegeschlecht, also auch Esel und Maulesel gemeint.

§ 445.

[1424.] Sind bei dem Verkaufe von Pferden oder Rindvieh, abgesehen von der Haft für die gesetzlichen Gewährsmängel, bestimmte Eigen-

schaften versprochen worden, deren Mangel die Nachwährschaft begründet, so kommen dafür die gewöhnlichen Rechtsgrundsätze zur Anwendung.

1. Das Konkordat behandelt nur die besonderen Währschaftsmängel der unter dasselbe fallenden Thiere an der Hand der Thierarzneikunde. Im Uebrigen gelten auch für den Handel mit diesen Thieren die Art. 243—259 des schweiz. ORs. So wenn besondere Eigenschaften versprochen worden sind, z. B. Trächtigkeit einer Kuh. (Z. VIII, 149; XVI, 348.)

§ 446.

[1425.] Für den Handel mit anderen Thieren, auch mit anderen Hausthieren, gelten die regelmäßigen Bestimmungen über die Nachwährschaft.

S. § 443, 1, c.

B. Vorbehalte bei dem Verkaufe von Liegenschaften.

§ 447.

[1454.] Wenn sich der Verkäufer einer Liegenschaft das Eigenthum an derselben bis zur Erfüllung einer Bedingung vorbehält, so kann erst nach deren Eintritt die kanzleiische Fertigung vorgenommen werden.

1. Durch eine aufschiebende Wirkung der mit einem Eigenthumsvorbehalt versehenen kanzleiischen Fertigung würde die Sicherheit, welche das Grundprotokoll gewähren soll, gestört und der Landschreiber, welcher bei späteren Fertigungen von Pfandrechten oder Eigenthumszufertigungen einen derartigen Vorbehalt leicht übersehen könnte, einer übermäßigen Verantwortlichkeit ausgesetzt. Will der Grundeigenthümer das Eigenthum einstweilen noch nicht übertragen, weil er dem Käufer nicht traut, so ist das einfache Mittel die einstweilige Unterlassung der Fertigung. Die eventuelle Fertigung mit ungewisser Wirkung wurde daher untersagt.

2. Das Obergericht erklärte, daß man so sich auch an einzelnen in ein Gebäude eingefügten und zu einem Theil desselben gemachten Baumaterialien (tignum junctum) Eigenthum vorbehalten könne (Z. X, 295; XVI, 233; XVII, 178) ging dann aber von dieser Ansicht gewiß mit Recht wieder ab (Z. XIX, 25). Nach der neuen bestimmteren Fassung der §§ 132 und 133 wird nun hinfort darüber kein Zweifel mehr möglich sein, daß ein solcher Vorbehalt wirkungslos ist.

3. Ueber den Eigenthumsvorbehalt bei beweglichen Sachen s. Schneider, Kommentar zum OR. Art. 199, 3; 264 3.

4. Bis zur Erfüllung einer Bedingung. Der alte Paragraph 1454 sprach nur von dem Vorbehalt „bis der Kaufpreis bezahlt sei"; das ist jetzt verallgemeinert worden, aber allerdings wird diese Bedingung weitaus die häufigste von denen sein, die dem Eigenthumsvorbehalt beim Kaufe beigefügt werden.

5. Eben so wenig kann ein Rückkaufsrecht in dem Sinne notarialisch gefertigt werden, daß mit dem Eintritt der Bedingung desselben die Liegenschaft von selbst wieder

in das Eigenthum des Verkäufers zurückfiele (resolutiv bedingte Eigenthumsübertragung); nur in dem Sinne ist eine solche Bedingung möglich, daß mit deren Eintritt der Verkäufer obligatorisch verpflichtet werde, das Eigenthum ungeschmälert wieder notarialisch zurückzufertigen, also im Sinne der §§ 453 u. f. Das war früher in § 1455 ausdrücklich gesagt, ist aber als selbstverständlich gestrichen worden.

§ 448.

[1456.] Bedingt sich der Verkäufer ein Vorkaufsrecht aus für den Fall, daß der Käufer die Liegenschaft im Verfolge wieder verkaufen wolle, so wird der letztere verpflichtet, in diesem Falle dem ersteren vor einem dritten Käufer den Vorzug zu geben, insofern er bereit ist, ebensoviel als dieser zu bezahlen.

1. Vorkaufsrecht, jus protimiseos. Der Vorbehalt wird zu Gunsten des Verkäufers gemacht und begründet daher nur ein Recht dieses für den Fall, daß die Bedingung eintritt. Der Käufer wird dadurch verpflichtet, wenn er die Sache weiter verkaufen will, seinem frühern Verkäufer davon Anzeige zu machen und diesem vor einem dritten Käufer den Vorzug zu geben, insofern er bereit ist, alles das zu leisten, was der dritte Käufer übernimmt.

§ 449.

[1457.] Der Vorbehalt des Vorkaufsrechtes wirkt in der Regel nur persönlich im Verhältnisse der ursprünglichen Kontrahenten, nicht aber im Verhältnisse zu dem Dritten, der das Grundstück nun kauft; indessen kann durch Eintragung in das Grundbuch diesem Vorbehalte dingliche Sicherheit beigelegt werden.

1. Nicht im Verhältniß zu dem Dritten. Der dritte Käufer braucht sich um jenen vertragsmäßigen Vorbehalt nicht zu bekümmern. Ist ihm die verkaufte Liegenschaft notarialisch zugefertigt worden, so ist das Eigenthum, trotz jenes Vorbehaltes auf ihn übergegangen. Der erste Verkäufer kann sich nur an seinen Käufer halten und von demselben Entschädigung begehren, nicht aber den zweiten Verkauf aufheben, noch die Sache selbst an sich ziehen.

2. Die Eintragung in das Grundbuch dagegen gewährt dem Vorbehalt des Verkäufers dingliche Sicherheit. (Vgl. §§ 242, 243, 399, 451, 457.) „Die persönliche Natur (sagt Bluntschli) und Beschränkung desselben wird aber dadurch nicht verändert; will der Verkäufer größere Sicherheit haben, so kann er ein dingliches Näherrecht bestellen (§ 451). Immerhin aber erhält der Landschreiber dadurch Veranlassung, sich zu überzeugen, daß dem Verkäufer von der Absicht der Veräußerung Kenntniß, und damit Gelegenheit gegeben worden sei, die Fertigung an den Dritten zu hemmen.“ Und das Obergericht hat erklärt, daß wenn auch das Vorkaufsrecht durch die Eintragung nicht zu einem förmlichen dinglichen Rechte werde, welches die Befugniß der Vindikation gegen jeden Dritten unter Anerbieten des vom Käufer erlösten Preises verleihen würde, doch unter

der dinglichen Sicherheit eine direkte Klage gegen den Dritten verstanden sein müsse (Z. XXIV, 403; OG. 1873, 21, Nro. 11). Ich gestehe, daß mir die Argumentation nicht klar geworden ist; ein Recht, das eine Klage gegen jeden Dritten verleiht, scheint mir ein dingliches, nicht ein persönliches zu sein.

§ 450.

[1458.] Das Vorkaufsrecht geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, wenn es nicht ausdrücklich auch zu deren Gunsten ausbedungen worden ist.

1. Nicht auf die Erben des Berechtigten. Vgl. § 458. Das Vorkaufsrecht wird gewöhnlich aus individuellen Rücksichten vorbehalten. Der Verkäufer ist geneigt, das Grundstück einem Anverwandten oder Freunde zu veräußern, aber er will nicht, daß ein ihm persönlich mißliebiger Dritter dasselbe erwerbe. Der Vertrag stellt überdem auf das Ermessen des Verkäufers ab, ob er von dem Vorbehalt Gebrauch machen und in den neuen Kauf eintreten wolle. Darin liegen persönliche Rücksichten, die mit dem Leben des Verkäufers endigen. Auf die Persönlichkeit des Käufers dagegen und zu dessen Gunsten finden diese Rücksichten nicht Anwendung. Seine Verpflichtung hört daher nicht auf mit seinem Tode, sondern geht auf seine Erben über. Der Verkäufer könnte seinen Zweck nicht erreichen, wenn er den Vorbehalt nicht auch gegen die Erben des Käufers geltend machen dürfte. (Z. XIII, 195, Erw. 3).

2. Ausdrücklich ausbedungen. Durch den Vertrag kann der Uebergang der Forderung auch auf die Erben des Berechtigten ausgedehnt werden.

3. Es wurde beantragt, eine Frist festzusetzen, binnen welcher der Berechtigte sich für den Vorkauf zu erklären habe, widrigenfalls Verzicht auf das Recht anzunehmen sei. Man fand aber besser, dieß zu unterlassen, da die Schwierigkeiten durch die Praxis ohne formelle und willkürliche Vorschriften leicht zu lösen seien. Es verstehe sich in der Regel von selbst, daß der Berechtigte sich ohne Verzug zu entscheiden habe. Zögere er mit seiner Erklärung, so könne durch den Gerichtspräsidenten auf Begehren des Verpflichteten eine den Umständen angemessene Frist angesetzt werden, unter der Androhung, daß die Nichtannahme des Vorkaufs als Verzicht darauf angesehen werde. Anders beim Näherrecht s. § 452.

§ 451.

[1459.] Ein dingliches Näherrecht (Zugrecht, Retraktrecht) kann nur durch kanzleiische Fertigung und nicht auf länger als höchstens einhundert Jahre bestellt werden.

1. Früher bestanden bei uns wie anderwärts eine Menge gesetzlicher Retraktrechte (St. u. LR. Th. VII, §§ 28—46); sie wurden aber schon zur Zeit der Helvetik im Interesse des freien Verkehrs mit Liegenschaften beseitigt (Tagbl. d. helvet. Republ. IV, 463) und diese Beseitigung zur Zeit der Mediation bestätigt. Schon im Jahre 1855 wurde die Beseitigung auch des vertraglichen Näherrechtes befürwortet, jedoch abgelehnt, weil die bei uns so weit getriebene Theilung des Bodens Uebelstände nach sich ziehe, und derselben gerade durch solche Verträge begegnet werden könne; wenn

z. B. zwei Brüder die Güter oder sogar das Haus des Vaters unter sich theilen, so sei ein wechselseitig vorbehaltenes Näherrecht, welches die Möglichkeit der Wiedervereinigung der Theile offen lasse, wohl begründet. Auch bei der jetzigen Revision des Gesetzbuches wieder wurde die Beseitigung des Rechtsinstitutes verlangt, weil dasselbe veraltet sei; es wurde aber in der kantonsräthlichen Kommission versichert, daß es noch hie und da gebraucht werde.

2. Nur durch kanzleiische Fertigung; vgl. §§ 242, 243, 399, 449. Gewöhnlich wird das Näherrecht mit einem herrschenden Grundstück verbunden; dann bildet es eine Grunddienstbarkeit.

3. Höchstens hundert Jahre. Vgl. § 300, 2. Außer dem dort angeführten Grunde spricht für diese Beschränkung auch die Wandelbarkeit der Verhältnisse. Im Laufe der Zeit kann ein ursprünglich wohlbegründetes Näherrecht zu einer sinnlosen Belästigung des Eigenthums werden.

§ 452.

[1460.] Wenn der Näherberechtigte nicht innnerhalb sechs Wochen, seitdem ihm ein Verkauf des belasteten Grundstückes zur Kenntniß gekommen ist, von seinem Näherrechte Gebrauch macht, so wird angenommen, er habe auf die diesmalige Ausübung desselben verzichtet.

1. Innerhalb sechs Wochen. Anders beim Vorkaufsrecht, s. § 450, 3. Eine Frist, die dort entbehrlich war, ist hier deswegen nöthig, weil sonst die Ungewißheit für den neuen Erwerber kein Ende nehmen würde.

2. Gebrauch machen. Der Näherberechtigte hat das dingliche Recht, innerhalb dieser Frist gegen Uebernahme der von dem Käufer eingegangenen Verpflichtungen das Grundstück an sich zu ziehen, d. h. dasselbe sich zufertigen zu lassen.

3. Auf die dießmalige Ausübung. Es steht dem Näherberechtigten frei, das Eigenthum an einen neuen Erwerber übergehen zu lassen, ohne daß darum für die Zukunft sein Recht erlischt, da dasselbe sich unmittelbar auf das Grundstück selbst, nicht auf eine bestimmte Person bezieht. Wird sodann das Grundstück weiter veräußert, so erhält der Näherberechtigte wieder die Gelegenheit, zu prüfen, ob er jetzt sein Recht ausüben oder auch diese Veräußerung ungehemmt vor sich gehen lassen wolle.

§ 453.

[1461.] Behält sich der Verkäufer vor, das verkaufte Grundstück wieder einzulösen, so ist im Zweifel als Meinung der Kontrahenten anzunehmen, der Verkäufer könne dasselbe zu dem nämlichen Preise zurückkaufen, welchen er dafür erlöst hat.

1. Vgl. § 447, 4. Wieder einzulösen, sogenanntes pactum de retrovendendo. Der Vorbehalt wird im Interesse des Verkäufers gemacht. Der Käufer wird durch denselben verpflichtet, auf Verlangen des Verkäufers diesem die Sache zurück zu verkaufen. Es läßt sich auch ein entgegengesetzter Vorbehalt denken, ein pactum de retroemendo, indem der Käufer sich das Recht ausbedingt, seinen Verkäufer zum Rückkauf anzuhalten.

2. Zu demselben Preise. Wird über den Preis nichts bestimmt, so ist zu vermuthen, der ursprüngliche Kaufpreis sei auch Preis des Rückkaufs ohne Hinzurechnung von Zinsen, obgleich der Käufer die Nutzungen behält, s. § 454, immerhin den § 455 vorbehalten. Es kann aber auch ein anderer Rückkaufspreis verabredet werden, z. B. Hinzurechnung von Zinsen, Provision oder sonst ein höherer Betrag.

3. Das frühere Gesetz enthielt in § 1462 die Bestimmung, daß das Geschäft ungültig und strafbar sei, wenn es zur Verbergung eines wucherlichen Darlehens mißbraucht werde. Dieselbe ist nun überflüssig seit Erlaß des Gesetzes betr. den Wucher vom 27. Mai 1883 (Off. S. Bd. XXI, 10).

4. In der Expertenkommission wurde der Antrag gestellt, diesen und die folgenden Paragraphen zu streichen, in der Meinung, daß dann eben das Nämliche, was nach dem schweiz. OR. für bewegliche Sachen gelte, auch auf die unbeweglichen Anwendung finde. Es wurde dann aber doch die Beibehaltung beschlossen, weil solche Verabredungen beim Kaufe von Liegenschaften viel häufiger und auch viel wichtiger seien als beim Kaufe von Mobilien, und daher eine gesetzliche Normirung bei jenen wohl verdienen, während sie bei diesen im schweiz. OR. eine solche nicht gefunden haben.

§ 454.

[1463.] Der Wiederkauf ist ein neues Kaufgeschäft, welches nach dem früheren Verkaufe bemessen wird, nicht aber diesen ungeschehen macht. Es werden daher die Nutzungen der Zwischenzeit nicht zurückerstattet.

1. Vgl. § 447, 4. Nutzungen der Zwischenzeit, z. B. Früchte des Gutes, Miethzinse, Junge der Thiere; die hängenden Früchte aber muß der Käufer mit zurückgeben.

§ 455.

[1464.] Hat die Liegenschaft durch Verwendungen des Käufers an Werth inzwischen gewonnen, so muß der Verkäufer, wenn er zurückkaufen will, den Mehrwerth nach billigem Ermessen ersetzen. Jener haftet aber hinwieder dem Wiederkäufer für eine erhebliche Verminderung des Werthes, insofern diese seiner Arglist oder groben Fahrlässigkeit zur Last fällt.

1. Durch Verwendungen des Käufers. Hat die Sache ohne solche an innerem Werthe zugenommen — z. B. das verkaufte Haus hat in Folge der Anlage einer Straße einen höheren Werth erhalten, so kommt dieser Zuwachs dem Wiederkäufer zu Gute. Hat dagegen der Käufer durch Neubauten den Werth erhöht, so darf er zwar nicht ohne weiters die verwendeten Kosten anrechnen, wohl aber für den Mehrwerth Ersatz fordern.

§ 456.

[1465.] Das Recht des Wiederkaufes geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, wenn es nicht ausdrücklich für dieselben vorbehalten worden ist.

Vgl. § 450.

§ 457.

[1466, 1467.] Das Recht des Wiederkaufes eines Grundstückes kann nicht auf länger als zehn Jahre vom ursprünglichen Verkaufe an bestellt werden.

Durch kanzleiische Fertigung kann demselben dingliche Sicherheit beigelegt werden.

1. Zu Absatz 2. Vgl. §§ 242, 243, 399, 449, 2, 451.

C. Versteigerung (Gant).

§ 458.

[1468.] Durch die Versteigerung wird eine Sache dem Meistbietenden veräußert.

1. Vgl. § 443, 1 d. Dem Meistbietenden, d. h. dem unter Mehrbietenden, welcher die günstigsten Kaufbedingungen eingeht. Die Gantbedingungen, welche der Verkäufer festsetzt, lassen ein große Mannigfaltigkeit der Verträge zu. Sie bilden di e Unterlage des Geschäfts, welches durch das Meistgebot und die Annahme desselben erfüllt wird. Es kann der Versteigerer sich auch in den Gantbedingungen die Wahl zwischen dem Meist- und dem Andermeistbieter, oder noch Mehreren, vorbehalten. Neben der Höhe des Angebotes kommt nämlich auch die Solidität der Bieter in Betracht.

2. Ueber das Verfahren bei Versteigerungen s. die Gantordnung vom 9. März 1843 (Off. S. Bd. VII, 96).

3. Der Ausschluß einzelner Bieter, z. B. eines Falliten, an einer öffentlichen Gant ist nicht zulässig. (Z. XIV, 337, Nro. 39; XVII, 396, Nro. 44.)

§ 459.

[1469.] Liegenschaften können öffentlich nur unter amtlicher Mitwirkung versteigert werden. Die Meistbieter werden in dem Gantprotokolle vorgemerkt und sind verpflichtet, dasselbe zu unterzeichnen.

1. Oeffentlich. Unter Miteigenthümern kann eine Versteigerung auch privatim vorgenommen werden (§ 116); ebenso unter Korporationsgenossen (Z. XIX, 292). Sobald aber Jedermann zur Steigerung zugelassen, also eine öffentliche Versteigerung gehalten wird, so ist amtliche Aufsicht und Mitwirkung nöthig. Die freiwilligen Ganten der Art stehen unter der Leitung des Gemeindraths, die gerichtlichen unter der des Gemeindammanns. Gesetz betr. das Gemeindewesen vom 27. Juni 1875 (Off. S. Bd. XVIII, 524), § 94, Ziff. 10, § 150; Gantordnung § 1.

2. Meistbieter s. § 458, 1.

3. Verpflichtet zu unterzeichnen. Die Gültigkeit des Angebotes und des darauf hin abgeschlossenen Gantkaufes hängt aber bei der öffentlichen Gant nicht von

der Unterzeichnung des Gantprotokolls durch den Käufer ab (Z. VIII, 151; XIII, 182, OG. 1875, 128), wohl aber bei der Privatgant (Z. XIX, 292).

§ 460.

[1470.] Abgesehen von besonderen Gantbedingungen ist jedes während der Versteigerung erklärte Angebot für den Bieter bindend, unter der zweifachen Bedingung, daß nicht ein höheres Angebot erfolge und daß der Verkäufer zusage.

1. Jedes Angebot bindend. Vgl. § 459 3. Durch das Angebot wird in rechtsverbindlicher Form der Wille des Bieters erklärt, die versteigerte Sache zu kaufen. Der Bieter wird daher bedingt behaftet, und zwar nur einseitig, so daß der Versteigerer noch nicht gebunden ist. (Vgl. Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen I, 172.) Diese Verbindlichkeit wird aber wieder gelöst, sobald ein höheres Angebot von einem Andern gemacht wird, es wäre denn, daß der Versteigerer sich vorbehalten hätte, zwei oder mehrere Meistbieter zu behaften.

§ 461.

[1471.] Die Behaftung des Meistbieters und beziehungsweise der Kaufabschluß geschieht nach dreimaligem vergeblichem Aufrufe zu einem Mehrgebote durch den Zuschlag.

1. Die Behaftung. Schon das einfache Angebot war zwar bindend, aber nur vorläufig und unter den Bedingungen des § 460. In wichtigeren Fällen, insbesondere bei Versteigerungen von Liegenschaften, wird daher das Angebot in dem Gantprotokoll vorgemerkt, aber erst, wenn die drei Rüfe vollendet sind und dasselbe nicht überboten wurde, wird der Bieter als Meistbieter anerkannt und nun als Käufer schließlich behaftet. Die Bedingung, daß nicht ein höheres Angebot folge, ist erfüllt, und die zweite Bedingung, daß der Käufer zusage, tritt ebenfalls durch den Zuschlag ein. Eine Ausnahme in letzterer Beziehung ist in § 464 vorbehalten.

2. Nach dreimaligem vergeblichen Aufrufe. Bei der Versteigerung von Liegenschaften kommen zuweilen außer den drei Rüfen noch zwei Umgänge vor; Gantordnung § 9. Wird nach dem ersten oder zweiten Rufe ein Mehrgebot gemacht, so ist der bisherige Meistbieter durch einen neuen beseitigt und es sind die Rüfe von Neuem zu beginnen; Gantordnung § 10. Nach dem dritten Rufe wird ein Mehrgebot nicht weiter berücksichtigt.

3. Zu einem Mehrgebot. Geschehen zwei gleiche Angebote gleichzeitig, so wird der geschehene Ruf wiederholt (Gantordnung § 8).

4. Durch den Zuschlag. Dieser bindet den Versteigerer nunmehr als Verkäufer. (S. § 463.) Und zwar ist der Kauf perfekt mit dem Rufe „zum dritten Mal", nicht erst in dem Augenblicke, wo der Erfolg der Gant niedergeschrieben, oder gar erst dann, wenn der Meistbieter unterzeichnet hat. (B. II, 97).

5. Das amtliche Gantprotokoll macht als öffentliche Urkunde so lange Beweis, als nicht das Gegentheil nachgewiesen ist (B. II, 97.)

§ 462.

[1472.] Dem veräußernden Eigenthümer oder seinem Stellvertreter steht es indessen frei, vor dem dritten Rufe auf ein Angebot hin, welches ihm nicht annehmbar oder ungenügend scheint, seine Zustimmung ausdrücklich zu verweigern und dadurch den dritten Ruf und den darauf folgenden Zuschlag zu hemmen. In diesem Falle wird auch der Bieter von seiner bedingten Haft (§ 460) entbunden.

Bei Versilberungen gepfändeter oder verpfändeter Sachen zum Behufe der Realisirung des Pfandrechtes steht jedoch dieses Recht dem Eigenthümer nicht zu.

1. Dem veräußernden Eigenthümer steht frei. Diese Uebung besteht schon längst (Gantordnung § 11). Der Versteigerer erklärt durch die Gant nicht, er wolle um jeden Preis verkaufen, sondern macht den Versuch, um einen möglichst günstigen zu verkaufen. In der Anordnung der Gant liegt daher noch nicht der Verzicht des Verkäufers auf die freie Prüfung und Genehmigung des Angebots. Die Gefahr, daß der Versteigerer so mit der Gant ein bloßes Spiel treiben und lediglich den Versuch machen könnte, zu erfahren, wie viel seine Sachen im Verkehr gelten, ist nicht hoch anzuschlagen, da sie dem Leben ganz fremd ist und daher kein genügender Grund, jene Freiheit der Zusage aufzuheben.

2. Bei Versilberungen. Diese geschehen zur Realisirung des Pfandrechts und daher im Interesse des Pfandgläubigers, also auch gegen den Willen des Eigenthümers. Daher darf dieser nicht durch seine Weigerung des Zuschlags den Zweck der Versteigerung verhindern.

§ 463.

[1473]. Macht der Veräußerer von dieser Befugniß vor dem dritten Rufe keinen Gebrauch, so erfolgt der Zuschlag ohne Weiteres und ist nun auch der Veräußerer gebunden, wenn er sich nicht ausdrücklich in den Gantbedingungen eine weitere Bedenkzeit vorbehalten hat.

Vgl. § 461, 4.

§ 464.

[1474.] Hat sich der Veräußerer Bedenkzeit zu freier Zusage oder Absage vorbehalten, so haftet zwar der Meistbieter auch bis zu dem endlichen Entscheide jenes, kann aber fordern, daß dieser Entscheid beförderlich gegeben werde.

1. Das Gantverfahren ist in diesem Falle beendigt und der Meistbieter, da ein höheres Angebot nicht mehr erfolgen kann, im Sinne des § 461 behaftet. Indessen hindert der Vorbehalt des Verkäufers die Vollendung des zweiseitigen Geschäfts. Der Käufer bleibt einseitig gebunden. Der Ausruf des Versteigerers ist in diesem Falle nur

eine Einladung, daß man Kaufsofferten machen möge, während er im andern Falle selbst eine Verkaufsofferte ist.

2. Bis zum Entscheide, indessen nicht über die festgesetzte Bedenkzeit hinaus, s. § 465. (B. XIX, 470.)

§ 465.

[1475.] Erklärt sich der Veräußerer überall nicht binnen der vorbehaltenen oder ihm gerichtlich angesetzten Bedenkzeit, so steht es bei dem Meistbieter, dieses Stillschweigen zu seinen Gunsten auszulegen und je nach Umständen entweder von dem Kaufe abzustehen oder den Veräußerer dabei zu behaften.

1. Vgl. Z. VIII, 401; OG. 1860, 25. Gerichtlich angesetzten. Der frühere § 1475 sagte „vergönnten"; jetzt ist betont, daß die Frist, wenn sie nicht verabredet ist, gerichtlich (durch den Gerichtspräsidenten) angesetzt sein muß, damit ihr Ablauf die in diesem Paragraphen angedrohte Folge habe. Wenn jedoch durch den Vertrag selbst eine bestimmte Auslegung des Stillschweigens verabredet ist, so muß sich auch der Meistbieter daran halten; z. B. daß das Stillschweigen für Abschlag gelte (Z. XII, 201).

§ 466.

[1476.] Der Meistbieter wird nicht frei durch ein höheres Angebot eines Dritten, welches während der Bedenkzeit, aber nach Beendigung des Gantverfahrens gemacht wird. Von solchen Nachgeboten soll dem oder den vorläufig behafteten Meistbietern Kenntniß gegeben werden. Erklären sich diese, das Nachgebotene ebenfalls leisten zu wollen, oder überbieten sie den Nachbieter, so ist, wenn nicht eine zweite öffentliche Gant anzuordnen, doch wenigstens unter den Meistbietern und den Nachbietern die Versteigerung wieder aufzunehmen und zu Ende zu führen. Ausgenommen sind die gerichtlich angeordneten Versteigerungen.

1. Vgl. B. XIX, 470. Nicht frei, im Gegensatz zu der ohne weiters wirkenden Befreiung des Bieters durch ein Nachgebot auf der Gant selbst. Wird aber die Versteigerung nachträglich wieder aufgenommen, so wirkt ein höheres Angebot neuerdings befreiend für die früheren Bieter.

2. Von solchen Nachgeboten u. s. f. Der Zusatz wurde mit Rücksicht auf die Gantordnung § 13 hinzugefügt. (Vgl. B. XIV, 328, Erw. 3.) Die Nachgant läßt wieder Jedermann zu und wird daher unter amtlicher Aufsicht gehalten. Die bloße Steigerung zwischen dem vorläufig behafteten Vorbieter und dem Nachbieter dagegen hat den Charakter einer Privatsteigerung. Es darf nicht einfach dem Nachbieter zugeschlagen werden (Z. XIX, 290); der Zuschlag kann vom Meistbieter angefochten und es kann von diesem die Steigerung verlangt werden. (Z. XX, 307.)

3. Die gerichtlich angeordeten Versteigerungen. Diese sind immer öffentlich.

§ 467.

[1477.] In der Regel ist der Versteigerungskauf als Baarkauf zu betrachten und der Meistbieter, welchem zugeschlagen wird, zu sofortiger Zahlung des Kaufpreises verpflichtet.

1. Baarkauf. Vgl. schweiz. OR., Art. 230.

§ 468.

[1478.] Bei gerichtlicher Zwangsversteigerung wird, abgesehen von besonderen Zusicherungen oder von unredlicher Täuschung der Bietenden, keine Nachwährschaft geleistet.

1. Gerichtlicher Zwangsversteigerung. Sie kommt am häufigsten vor in Folge des Rechtstriebs als Versilberung der gepfändeten Sachen des Schuldners. (Rechtstriebsges. §§ 75 u. ff.), aber auch für grundversicherte Forderungen der Kinder an den Vater und der Ehefrau und ihrer Rechtsnachfolger an den Ehemann aus dem ehelichen Verhältnisse. (Das. §§ 121 u. ff.). Als Veräußerer ist der Schuldner zu betrachten, dem gepfändet worden, nicht der Gläubiger, der die Versilberung begehrt hat.

2. Keine Nachwährschaft. Die Ausschließung der Nachwährschaft ist theils im Interesse der Exekution, welche eine definitive Realisirung und Bereinigung der Verhältnisse verlangt, theils in der Rücksicht begründet, daß die Gant gegen den Willen des Schuldners durchgeführt wird. Uebrigens ist die Gefahr einer Eviktion für den Käufer nach Art. 206 OR. sehr gering. Dagegen tritt die Haftung für Nachwährschaft ein, wenn die Pfändung, und somit auch die Versilberung, unstatthaft war. (Z. XXIII, 394.)

§ 469.

[1479.] Bei freiwilliger Versteigerung haftet der Veräußerer für rechtliche Mängel wie jeder andere Verkäufer, für sachliche Mängel aber nur, wenn ihm eine unredliche Täuschung des Käufers zur Last fällt. Die Klausel „wie zu besehen" versteht sich bei der Versteigerung von selbst.

1. Für rechtliche Mängel s. schweiz. OR. Art. 235 u. ff.

2. Für sachliche Mängel s. das. Art. 243 u. ff. Die Rücksicht auf die Natur der Gant, welche endliche Liquidation beabsichtigt und gewöhnlich bereits gebrauchte Sachen zum Gegenstand hat, bewirkt eine Aenderung der Nachwährschaftspflicht des Veräußerers.

3. Klausel „wie zu besehen". Der Sinn der Klausel ist, der Käufer möge die Sache selber näher betrachten, der Verkäufer biete sie in dem Zustande an, in dem sie gegenwärtig sich befindet, ohne für besondere Eigenschaften einstehen zu wollen.

Fünfter Abschnitt.

Von der Viehverstellung.

§ 470.

[1547.] Die Viehverstellung kann in der Weise verabredet werden, daß der Einsteller Hausvieh zur Fütterung und Pflege für eine gewisse Zeit übernimmt und inzwischen die Früchte gewinnt, wogegen er an den Versteller einen Pachtzins, sei es in Geld, sei es in einer Anzahl Käse oder einem Gewichte Butter oder anderen Naturalleistungen zu entrichten verspricht.

1. Von dem Abschnitt des früheren privatrechtlichen Gesetzbuches über die Verträge betr. entgeltliche Benutzung einer Sache sind die §§ 1483—1511, 1512 Abs. 1, 1513—1516, welche von der Miethe handeln, durch die Art. 274—295 des schweiz. OR., die §§ 1517—1522 und 1524—1545 von der Pacht, und die §§ 1553—1559 vom Eisernviehvertrag durch die Art. 296—319 des schweiz. ORs. aufgehoben und ersetzt, die §§ 1512 Abs. 2, 1523 und 1546 oben als §§ 399 und 400 aufgenommen worden. Dagegen bestimmt Art. 320 des ORs.: „Für Viehpacht und Viehverstellung, welche nicht mit einer landwirthschaftlichen Verpachtung verbunden sind, bleiben kantonales Recht und Ortsgebrauch vorbehalten." Demzufolge wurden die §§ 1547—1552 unverändert beibehalten. Es ist in der Expertenkommission gefragt worden, ob denn eine solche Viehverstellung im Kanton Zürich überhaupt noch vorkomme; darauf wurde geantwortet ja, noch oft in abgelegenen Berggemeinden, auch in Schönenberg und Richtersweil. Die in Bluntschli's Entwurf an der Hand einer Abhandlung von Huck in der Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. V, 226 ff. und des Code civil vorgeschlagenen Bestimmungen über Halbvieh und Viehverstellung mit Gesellschaftsverbindung waren dagegen schon in der Kommission von 1855 als im Kanton Zürich unpraktisch beseitigt worden. Uebrigens sind auch die hier stehen gebliebenen Paragraphen dem französischen code civil entnommen. Vgl. H. Escher „Einige Worte über die Gestaltung der germanischen Regel Hand muß Hand wahren in unserem Stadt- und Landrechte" B. I, 47 u. ff.; Prof. Escher Vom Viehverstellungsvertrage B. III, 427 ff.

2. Die Viehverstellung ist darin der Miethe und der Pacht verwandt, daß das Vieh von dem Versteller dem Einsteller zur Benutzung übergeben und hinwieder dieser jenem zur Leistung eines Gegenwerths verbunden wird. Sie unterscheidet sich aber von demselben

a. dadurch, daß der Versteller bei dem Vertrage auch beabsichtigt, für Wartung, Fütterung, Pflege des Viehs in der Zwischenzeit durch den Einsteller sorgen zu lassen;

b. dadurch, daß der Gegenwerth nicht nothwendig in einem Zins, sondern oft in andern Leistungen besteht;

c. daß der Vertrag sich leicht mischt, sei es mit Gesellschaftsvertrag, sei es mit Versicherungsvertrag, und in Folge dessen eigenthümliche Formen annimmt.

3. Gewöhnlich wird der Einsteller ein Bauer sein, der das Vieh in seine Pflege nimmt, der Versteller dagegen ein Händler oder Metzger. Es ist aber auch möglich, daß ein Bauer sein Vieh dem Uebernehmer einer Alpenwirthschaft für den Sommer verstellt. Der Vertrag bedarf übrigens keiner besondern Form. (Schweiz. OR. Art. 9.)

§ 471.

[1548.] Wird Melkvieh eingestellt, so ist als Meinung der Vertragsparteien zu vermuthen, der Einsteller sei berechtigt, die Milch und den Dünger zu gewinnen, und verpflichtet, für Wartung, Futter und Streue zu sorgen, aber auch die ersten vier Wochen lang das neugeborene, dem Versteller zugehörige Kalb auf eigene Kosten zu nähren, nach diesem Zeitraum aber an den Versteller abzuliefern. Ist es an einem Orte Uebung, die Kälber längere Zeit mit Milch zu nähren, z. B. sechs Wochen, so gilt die längere Frist auch bei der Verstellung.

1. Die ersten vier Wochen. Huck (s. § 470, 2) bemerkt S. 272, alle Gesetze und Gewohnheiten nehmen diesen Zeitpunkt als den längsten an, weil das Kalb dannzumal von der Mutter entwöhnt zum Schlachten oder Aufziehen bereits gut verkauft werden könne. Indessen besteht in einzelnen Gegenden des Kantons die Uebung, die Kälber sechs Wochen lang mit Milch aufzunähren, und man hat derselben das berühmte sogenannte Fischenthaler Kalbfleisch zu verdanken. Das Gesetz mußte daher diese vortreffliche Uebung vorbehalten.

2. Abzuliefern. Geht das Kalb vor der Ablieferung ohne Verschulden des Einstellers zu Grunde, so trifft der Schaden den Versteller (§ 475).

§ 472.

[1549.] Läßt der Versteller das Kalb längere Zeit bei dem Einsteller stehen, so wird jener diesem dafür zur Bezahlung des Futtergeldes verpflichtet, wenn nichts Anderes verabredet worden oder aus fester Uebung auf eine andere Meinung der Parteien geschlossen werden kann.

1. Des Futtergeldes. Die Nutzung des Kalbes ist nicht wie die der Kuh, von welcher Milch gewonnen wird, als genügender Ersatz der Fütterungskost zu betrachten, und sind daher diese dem Versteller zu verrechnen.

§ 473.

[1550.] Ist über die Dauer der Viehverstellung keine Verabredung getroffen worden, so ist anzunehmen, daß weder der Versteller

das Vieh zur Unzeit zurückfordern, noch der Einsteller dasselbe zur Unzeit zurückgeben dürfe, im Uebrigen aber beide die Freiheit haben, die Viehverstellung aufzukündigen und ohne Verzug zu beendigen.

1. Ist über die Dauer des Vertrags eine Uebereinkunft geschehen, so sind beide Theile daran gebunden. Nur wenn dem Einsteller eine offenbare Vernachlässigung des Viehes zur Last fällt, darf es ihm auch in der Zwischenzeit entzogen werden.

2. Ohne Verzug zu beendigen. Es kommen hier keine Ziele vor; das Verhältniß löst sich um so leichter sofort, als sich in der Regel der Genuß des Einstellers und die Vortheile des Verstellers in jedem Zeitabschnitt das Gleichgewicht halten.

§ 474.

[1551.] Die Frage, ob die Rückforderung oder Rückgabe zur Unzeit erfolge, ist nach den Grundsätzen des guten Glaubens und redlicher Treue zu beurtheilen.

1. Rückforderung. Z. B. Der Versteller verlangt die Melkkuh unmittelbar nach Abgabe des vierwöchigen Milchkalbes zurück. Da der Einsteller während der letzten vier Wochen keinen Milchgenuß gehabt hat, so erfordert die Billigkeit, daß der Versteller ihm die Kuh wenigstens noch so lange mit der Milch überlasse, als er sie ohne die Milch ernährt hat. Huck, (s. § 470, 2) S. 274.

2. Rückgabe. Z. B. Der Einsteller will die Kuh gerade vor der Zeit des Kalbens zurückstellen, um nur Genuß, keine Last zu haben. Darin liegt wieder eine Verletzung der Billigkeit und die Rückgabe ist als unzeitig zu verwerfen.

§ 475.

[1552.] Der Einsteller haftet nicht für den Schaden, welcher ohne sein Verschulden dem eingestellten Vieh widerfährt, ist aber verpflichtet, alle Sorgfalt zu verwenden.

1. Für den Schaden. Der Einsteller darf daher auch außerordentliche Wartungs- und Pflegekosten, z. B. Arzneikosten, dem Versteller verrechnen, soweit dieselben ohne Verschuldung durch Zufall verursacht worden sind. In Krankheitsfällen hat er aber dem Versteller unverzüglich Anzeige zu machen, damit dieser selbst die nöthigen Anordnungen treffen könne.

Sechster Abschnitt.

Von dem Leibgedinge (Verpfründung).

---

§ 476.

[1671.] Durch den Leibdingsvertrag verpflichtet sich der Eine, der Leibdingnehmer (Pfründer), dem Anderen, dem Leibdinggeber (der Pfrundanstalt) ein Vermögensstück oder ein Vermögen zu übertragen, wogegen dieser hinwieder jenem Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit zusagt.

1. Das schweiz. OR. Art. 523 sagt: „Die Bestimmungen über das Leibgeding (Verpfründungsvertrag) bleiben dem kantonalen Rechte vorbehalten." Es sind daher die alten Bestimmungen des zürcherischen Rechtes mit ganz wenigen Aenderungen beibehalten worden. Dagegen steht der Leibrentenvertrag nunmehr unter dem schweiz. OR. Art. 517—523.

2. Der Leibdingsvertrag hat sich am Frühesten in bäuerlichen Verhältnissen ausgebildet und kommt auch gegenwärtig noch am häufigsten im Zusammenhange vor mit der Abtretung des Guts von Seite des alternden Grundbesitzers an einen seiner Söhne. Nöthig ist aber die Gutsabtretung nicht; es kann auch ein Kapital oder ein ganzes Vermögen, in dem sich keine Liegenschaften finden, dem Leibdinggeber übertragen werden. Im Stadt- und Landrecht umfaßte der Name Nießbrauch auch dieses Rechtsgeschäft. Später wurde es normirt durch Gesetz vom 22. Mai 1812 (Med. Off. S. Bd. V, 221.)

3. Jenem Unterhalt und Pflege. Die Verpflichtung des Leibdinggebers wird individuell bemessen nach dem Bedürfniß des Leibdingnehmers. Diese persönliche Beziehung und Rücksicht auf das Individuum des Leibdingnehmers gibt dem Leibdingsvertrag einen eigenthümlichen Charakter und unterscheidet ihn selbst von dem Leibrentenvertrag. Die Leibrente ist zwar auch abhängig von der Lebensdauer des Individuums, auf welches sie bezogen wird, aber da sie in einer fixen Summe Geldes besteht, so ist sie nicht so enge an die Person selbst gebunden, noch von den wechselnden Bedürfnissen dieser so abhängig, wie die Leibdingsschuld. Zum Begriffe des Leibdings gehört, daß die Leistungen wenigstens in der Hauptsache Naturalleistungen seien, zu denen auch Geldleistungen treten können. Dagegen ist für denselben gleichgültig, ob der Leibdingnehmer an eigenem Tische ißt oder nicht. (B. III, 165; XV, 279 Erw. 1.)

4. Das Obergericht hat erklärt, daß ein Vertrag, bei welchem Freiheit der Trennung bedungen ist, nicht als Leibdingsvertrag zu behandeln sei. (Z. XVI, 363.)

5. Im älteren Rechte verlor ein Bauer, der seinen Gütergewerb den Söhnen abtrat und sich bei ihnen verleibdingte, sein Aktivbürgerrecht. (M. Bd. IX, 42. Vgl. Bluntschli, zürch. Rechtsgesch. IV, § 50.) Das war schon vor dem Jahre 1855 durch Gewohnheitsrecht geändert worden, und § 1690 bestimmte dann auch ausdrücklich, daß der Leibdingnehmer durch die Abtretung des Gutes und den Bezug des Leibdings

weder seine privatrechtliche Handlungsfähigkeit und Selbständigkeit, noch die persönlichen Rechte in der Gemeindeversammlung einbüße, also keineswegs etwa unter die Vormundschaft des Leibdinggebers komme. Dies ist nun bloß deswegen gestrichen worden, weil es sich heute von selbst versteht.

§ 477.

[1672.] Der Leibdingsvertrag bedarf der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung zu seiner Gültigkeit. Bevor diese ertheilt ist, sind die Kontrahenten nicht gebunden.

1. Der gerichtlichen Prüfung. Bluntschli schrieb: „Die Nothwendigkeit dieser Form ist schon längst anerkannt und zahlreiche Erfahrungen vor unglücklichen Leibdingsverhältnissen auch aus neuerer Zeit sind eine ernste Mahnung für die Gerichte, bei dieser Prüfung mit Sorgfalt zu verfahren.“ In der That ist auch schon vor dem priv. GB. die gerichtliche Genehmigung für diese Verträge erfordert worden. (B. XV, 278; XIX, 322; Z. I, 232). In der Kommission von 1886 wurde bemerkt, daß die Zahl dieser Geschäfte im Abnehmen begriffen sei, daß die Notare davon abrathen; und allerdings zeigt die Statistik der Rechtspflege im Jahre 1882 noch 13, im Jahre 1883 noch 12, und 1884 nur noch 9 diesfällige Bewilligungen im Kanton. Gleichwohl glaubte die Kommission, daß die Mitwirkung des Gerichtes nicht preisgegeben werden dürfe.

2. Nicht gebunden. Der vorläufige Vertrag wirkt daher auch nicht in dem Sinne, daß der andere Kontrahent verpflichtet sei, die gerichtliche Genehmigung nachzusuchen, und wenn diese ertheilt werde, sich dem Leibding zu unterziehen. Es wird daraus keine Klage gestattet, und bis zur erfolgten gerichtlichen Genehmigung steht es jedem der Kontrahenten frei, willkürlich und einseitig zurückzutreten und damit das Zustandekommen des Vertrags zu hindern. (Z. III, 335 Erw. 1.)

3. Wird der Leibdingsvertrag nicht genehmigt, so fällt auch ein damit verbundener Auskaufsvertrag dahin. (B. XV, 277 Erw. 4; Z. V, 265.)

§ 478.

[1673.] Die Prüfung des Gerichtes bezieht sich:

a. auf die Handlungsfähigkeit und die Willensfreiheit der Vertragspersonen;
b. auf die Klarheit der Vertragsbestimmungen;
c. auf die Angemessenheit des Inhaltes nach den natürlichen Beziehungen und Verhältnissen der Vertragsparteien;
d. auf die Sicherung des Leibdingnehmers für die Zukunft;
e. auf die Berücksichtigung der Erbverhältnisse (§§ 481 u. ff.);
f. auf die Beachtung der ehelichen Verhältnisse des Leibdingnehmers (§ 487.)

1. Es kommt auf die Umstände, welche zur Zeit der gerichtlichen Prüfung vorliegen, an, auch wenn sie erst nach Abschluß des Vertrages eingetreten sind, und das

Gericht kann dabei die Genehmigung auch gegen den übereinstimmenden Willen der Parteien versagen. Es hat hauptsächlich die Interessen des Leibdingnehmers ins Auge zu fassen, der gewöhnlich alt und schwach und sehr wohlwollend gegen seinen Sohn ist. Es soll die Kontrahenten auf ihnen drohende Nachtheile aufmerksam machen. (B. IV, 122, 397; Z. III, 335; XVI, 364.)

2. Zu lit. b. Da sehr leicht hintendrein Reibungen und Streitigkeiten zwischen den Kontrahenten entstehen, so ist es sehr wünschbar, daß durch die Kontrole des Gerichts für möglichste Klarheit der Vertragsbestimmungen gesorgt und dadurch den spätern Differenzen entgegengewirkt werde.

3. Zu lit. f. In der Kommission von 1855 wurde darauf aufmerksam gemacht, wie tief eingreifend auch auf die ehelichen Verhältnisse es wirke, wenn ein selbständiger Hausvater sich verleibdinge. Daß die Frau ohne Zustimmung des Mannes das nicht thun könne, verstehe sich von selbst und es bedürfe der Mann hier keines besondern Schutzes, aber die Frau, welche dem Manne in die Abhängigkeit folgen müßte, werde durch einen solchen Vertrag ernstlich bedroht; sie sei dann nicht mehr wie früher eine selbständige Hausfrau, sondern nehme in der Familie des Leibdinggebers eine untergeordnete und häufig lästige Stellung ein. Es sei daher nothwendig, auch sie zuvor zu unterrichten und anzuhören, bevor der Leibdingsvertrag des Mannes gutgeheißen und in Kraft gesetzt werde. In diesem Sinne wurde sogar ein Antrag gestellt, die Gültigkeit des Leibdingvertrages von der Zustimmung der Ehefrau des Leibdingnehmers abhängig zu machen. Dieser Antrag blieb aber in der Minderheit. Die Mehrheit war der Ansicht, daß dadurch das Recht und die Freiheit des Mannes verletzt würde. So wenig man den Ehemann verhindern könne, auszuwandern oder in Dienstverhältnisse zu treten, obwohl auch dadurch das Verhältniß der Frau mit betroffen werde, so wenig könne man die Verleibdingung desselben von dem Willen der Frau abhängig machen. Diese könne unter Umständen seinen Bedürfnissen ganz angemessen und die Einsprache der Frau ungegründet sein. Die Rücksicht auf die Frau erschien daher im Sinne des § 487 in hinreichendem Maße gewahrt.

§ 479.

[1674.] Ausnahmsweise bedürfen die Verpfründungsverträge mit einer öffentlichen Pfrundanstalt des Staates oder einer Gemeinde oder mit einer Privatpfrundanstalt, deren Statuten von dem Staate genehmigt sind, der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung nicht.

Wohl aber ist auch für diese Verträge eine schriftliche Form nöthig, sei es die Form der gewöhnlichen schriftlichen Abfassung oder die des Vormerkes in dem Protokolle der Anstalt.

1. Oeffentliche Pfrundanstalt. Da diese Anstalten durchweg von dem Geiste der Wohlthätigkeit erfüllt sind und überdem in ihrer Organisation und in ihren reglementarischen Bestimmungen hinreichende Garantien gegen den Mißbrauch liegen, so ist hier eine gerichtliche Prüfung und Genehmigung unnöthig. Dasselbe gilt aber auch von Privatanstalten der Art, wenn deren Statuten vom Regierungsrathe geprüft und gutgeheißen worden sind. Diese Genehmigung ist hier vielleicht aus Versehen stehen geblieben; denn sonst bedürfen Stiftungen wohl der Oberaufsicht des Staates

(§ 44), der Mittheilung ihrer Gründung an die Oberaufsichtsbehörde (§ 41) und der Zustimmung der letzteren zu einer Aenderung ihrer Statuten (§ 45), nicht aber wie früher nach § 53 bei staatlichem oder kirchlichem Zweck der Genehmigung ihrer ersten Statuten.

2. Schriftliche Abfassung s. schweiz. OR. Art. 11—13. Der Vormerk im Protokoll bedarf im Gegensatz dazu der Unterzeichnung der Kontrahenten wohl nicht.

§ 480.

[1675.] Bei den gerichtlichen Leibdingsverträgen ist theils für kanzleiische Fertigung, theils dafür zu sorgen, daß der Leibdingnehmer genügende Sicherheit erhalte für die fortdauernde Erfüllung der ihm versprochenen Leistungen.

Ueberläßt er dem Leibdinggeber ein Grundstück zu Eigenthum, so sind die Leibdingsleistungen regelmäßig auf dieses durch das Grundbuch zu versichern und nach Umständen auch ein dingliches Wohnrecht darauf zu konstituiren.

1. Kanzleiische Fertigung. Sie ist auch da nothwendig, wo keine Gutsabtretung mit dem Leibding verbunden ist. Gewöhnlich bereitet der Notar den Vertrag vor, der dem Gerichte vorgelegt wird; und auch darin liegt einige Garantie für die gehörige Form und den angemessenen Inhalt der Leibdingsverträge. Es wurde daher die Nothwendigkeit dieser Form beibehalten.

2. Versichern s. § 329; Wohnrecht s. § 301.

3. Als Sicherheit wird gewöhnlich Pfandrecht, nicht bloße Bürgschaft verlangt (Z. I, 232); ausnahmsweise ist aber auch schon letztere für genügend erklärt worden. (Z. IX, 222.)

§ 481.

[1676.] Vor Ertheilung der gerichtlichen Genehmigung ist den nächsten pflichttheilberechtigten Erben des Leibdingnehmers Gelegenheit zur Einsicht der Vertragsbestimmungen zu verschaffen und sind dieselben um ihre Zustimmung anzufragen.

1. Der Leibdingsvertrag ist zwar ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Die Absicht des Leibdingnehmers ist, für sich selbst in seinen alten Tagen zu sorgen, und die des Leibdinggebers, die Kapitalleistung dafür zu empfangen. Es ist auch nicht nothwendig, daß der Leibdinggeber ein Erbe des Leibdingnehmers sei oder werde; aber thatsächlich wirkt dieser Vertrag doch sehr bedeutend auf die Erbverhältnisse ein und kann auch zur Umgehung des Erbgesetzes leicht mißbraucht werden. Es ist daher die Prüfung der Erbverhältnisse hier am Platze. Indessen werden nicht die Erben als solche, sondern nur die „nächsten pflichttheilsberechtigten Erben" (s. §§ 970—974), auch der Ehegatte (s. § 487) zugezogen, indem sich nur in soweit eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Leibdingnehmers rechtfertigt, als er dadurch das Pflichttheilsrecht verletzen würde. Aus diesem Grunde sind auch die bereits ausgekauften Pflichttheilsberechtigten nicht zuzuziehen. (Z. XIX, 310 Erw. 2.)

2. Es kann daher nach dem Tode des Erblassers wohl eine Anfechtung eines Leibrentenvertrages desselben wegen Pflichtwidrigkeit (§ 986), nicht aber die Anfechtung eines Leibdingsvertrages desselben stattfinden.

3. Die Zuziehung dieser Erben ist auch zur Aufhebung eines Leibdingsvertrages nothwendig (Z. XI, 144); dagegen ist sie nicht nothwendig zur Errichtung des Leibdings, wenn der Leibdingnehmer keine Gegenleistung zu machen hat. (Z. XV, 211.)

§ 482.

[1677.] Geben die Erben dem Vertrage ihre Zustimmung, so steht von dieser Seite der gerichtlichen Genehmigung nichts im Wege.

Die Zustimmung kann persönlich vor Gericht oder durch eine beglaubigte Unterschrift des Vertrages erklärt, oder aus dem Stillschweigen des von dem Vertrage unterrichteten Erben geschlossen werden.

1. Geben die Erben ihre Zustimmung. Sind dieselben minderjährig, so wird diese Zustimmung von der Vormundschaft ergänzt. Da die Erben überhaupt nur mittelbar, nicht als Kontrahenten, betheiligt sind, so bedarf es auch nicht nothwendig einer ausdrücklichen Zustimmungserklärung. Vor dem priv. GB. wurde ihr persönliches Erscheinen vor Gericht erfordert.

§ 483.

[1678.] Das Gericht des Wohnortes des Leibdingnehmers ist ermächtigt, auf Verlangen desselben den Erben eine Frist anzusetzen, binnen welcher sie eine allfällige Einsprache wegen Pflichtwidrigkeit des Vertrages zu eröffnen haben, widrigenfalls das Recht zur Einsprache verwirkt werde (§§ 981 und 982).

§ 484.

[1679.] Erhebt ein Erbe Einsprache wegen Pflichtwidrigkeit des Geschäftes, so ist derselbe mit den Vertragsparteien zugleich vor Gericht zu laden, und die Erklärung derselben zu vernehmen. Abwesende Erben können sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen.

Kommt es nicht zu einer Verständigung, so ist der Einsprache erhebende Erbe, wenn er derselben Folge verschaffen will, verpflichtet, ohne Verzug gerichtliche Klage auf Unzulässigerklärung des Geschäftes bei dem nämlichen Gerichte einzuleiten, widrigenfalls angenommen wird, er verzichte auf das Recht der Einsprache.

1. Pflichtwidrigkeit s. §§ 981, 982.

2. Bevollmächtigten. Die Vollmacht muß amtlich beglaubigt sein.

3. Klage einzuleiten nämlich beim Friedensrichteramt.

4. Ohne Verzug. Der Leibdingnehmer wird gut thun, dem Einsprecher gleich durch das Gericht eine zerstörliche Frist hiefür ansetzen zu lassen. (Z. XI, 144.)

§ 485.

[1680.] Der Nachweis, daß durch das Leibdingsgeschäft das Vermögen des Leibdingnehmers ganz oder zu einem großen Theile dem Erbgange entzogen werde, ist für sich allein nicht genügend, um die Pflichtwidrigkeit desselben zu begründen, sondern nur dann, wenn zugleich aus den Umständen sich ergibt, daß der Leibdingnehmer die natürlichen Pietätsrücksichten auf die Erben mißachte.

1. Das Gericht soll nach freiem Ermessen entscheiden, ob die Beeinträchtigung des muthmaßlichen Pflichttheils so bedeutend sei, daß eine Mißachtung der Pietätsrücksichten darin liege, dafür aber alle Umstände in's Auge fassen, namentlich das Verhältniß zwischen den beidseitigen Leistungen der Kontrahenten, das Alter und den körperlichen Zustand des Leibdingnehmers, das persönliche Verhältniß desselben zu den Einsprechern. (Z. III, 335; XII, 357.)

§ 486.

[1681.] Den nächsten pflichttheilberechtigten Erben steht es aus gleichem Grunde frei, auch einen mit einer Pfrundanstalt (§ 479) abgeschlossenen Verpfründungsvertrag durch gerichtliche Klage anzufechten. Wird die Klage nicht innerhalb sechs Wochen, nachdem sie von dem Vertrage Kenntniß erhalten haben, oder spätestens innerhalb sechs Monaten seit dem Eintritte des Verpfründeten in die Pfrundanstalt eingereicht, so ist dieselbe verjährt.

1. Die längere Frist von sechs Monaten wirkt auch in den Fällen, wo die Erben keine Kenntniß von dem Vertrage erhalten haben. Ist der Verpfründungsvertrag einmal zur Vollziehung gelangt und so lange in ungestörter Wirksamkeit gewesen, so soll er von den Erben überall nicht mehr angefochten werden können. Die Frage, ob die Klage bei dem Gerichte eingereicht sein müsse, oder die Anhängigmachung vor dem Friedensrichter schon genüge, wurde in ersterem Sinne entschieden.

2. Pflichttheilsberechtigte Erben s. § 481, 1.

§ 487.

[1682.] Erklärt der Ehegatte des Leibdingnehmers seine Zustimmung zu dem gerichtlichen Leibdingsvertrage, so steht auch in dieser Beziehung der gerichtlichen Genehmigung nichts im Wege. Wird jene Zustimmung aber verweigert, so ist das Gericht nach Anhörung der Ehegatten und Prüfung der Umstände ermächtigt, die Genehmigung des Vertrages sei es ganz zu versagen, sei es an Bedingungen zu knüpfen.

Ebenso hat der Ehegatte eines in eine Pfrundanstalt (§ 479) eintretenden Verpfründeten innerhalb der für die Erben angesetzten Frist (§ 486) eine allfällige Einsprache zu erheben.

1. Vgl. § 478, 3.

§ 488.

[1684.] Die Abtretung eines ganzen Vermögens oder eines Theiles desselben ist nicht als Erbfolge zu behandeln, sondern durch Uebertragung der einzelnen Rechte zu vollziehen.

Der Leibdinggeber hat als solcher keineswegs für die Schulden zu haften, welche der Leibdingnehmer vor dem Leibdingsvertrage eingegangen ist oder nach demselben eingeht.

1. Absatz 1 ist nicht dem Sinne nach, sondern nur redaktionell verändert; es hieß: „Die Abtretung . . . oder einer Quote desselben ist als Singularsuccession zu behandeln" u. s. w., was zwar mit Hülfe von Fremdwörtern aber wie mir scheint schärfer ausgedrückt war, als die jetzige Fassung. Es ist in der That von Bruchtheilen die Rede, denn bei bloßen Bestandtheilen würde sich der Satz von selbst verstehen.

2. Uebertragung der einzelnen Rechte d. h. notarialische Fertigung der Liegenschaften, Uebergabe der beweglichen Sachen, Cession der Forderungen, Uebernahme der Schulden. Die Kreditoren des Leibdingnehmers können aber erklären, daß sie sich nach wie vor an ihren bisherigen Schuldner halten wollen; wollen sie das nicht, so ist der Leibdinggeber verpflichtet, den auf die übernommene Vermögensquote fallenden Theil der Schulden mit zu übernehmen. Und gewiß können die Kreditoren des Leibdingnehmers auch das Separationsbegehren des § 958 stellen.

3. Als solcher, wohl aber, wenn er das ganze Vermögen oder eine Quote desselben übernommen hat. Ferner ist er, wenn die Schulden des Leibdingnehmers auf dem abgetretenen Gute versichert sind, verpflichtet, mit dem verpfändeten Grundstücke auch die darauf haftenden Schulden zu übernehmen (§ 361), aber nicht als Leibdinggeber, noch einem Erben ähnlich, sondern wie jeder andere neue Erwerber von Grundeigenthum.

§ 489.

[1684.] Wenn durch Eingehung eines Leibdingsvertrages die Rechte der Gläubiger des Leibdingnehmers gefährdet werden, so steht diesen nach Analogie der Bestimmung des § 1104 ein Recht der Anfechtung zu.

1. Sogen. paullianische Anfechtung. Dies ist ein nothwendiges Korrektiv zu Abs. 2 des § 488. Daß es sich auch auf Verpfründungsverträge bezieht, versteht sich zwar wohl von selbst, ist aber ausgeführt in Z. VI, 409.

2. Nach der nämlichen Entscheidung steht dieses Anfechtungsrecht den Gläubigern auch dann zu, wenn der Leibdingnehmer ohne in Konkurs gerathen zu sein kein Vermögen mehr besitzt, weil er alle seine Aktiven abgetreten hat, denn es handelt sich um eine analoge Anwendung des § 1104.

3. Wenn aber der Leibdingnehmer gestorben und sein Gläubiger sein Erbe geworden ist, so kann Letzterer, da er in die Verpflichtungen seines Erblassers eingetreten ist, sich nicht mehr auf diesen Paragraphen berufen, sondern den Vertrag nur noch aus denjenigen Gründen anfechten, die auch seinem Erblasser zustehen würden. (Das.)

§ 490.

[1683.] Erhebliche Veränderungen oder die Aufhebung des Leibdingvertrages bedürfen zu ihrer Gültigkeit ebenso der gerichtlichen Genehmigung wie der anfängliche Abschluß desselben.

1. Veränderungen. So das Aufgeben einer Sicherheit oder das Umtauschen derselben gegen eine andere. (U. 2295.)

2. Auch bei der Aufhebung ist zu prüfen, ob die Wohlfahrt des Leibdingnehmers gefährdet sei; auch dazu sind die nächsten Pflichttheilsberechtigten zuzuziehen. (Z. XI, 144, XVI, 364.)

§ 491.

[1685, 1690.] Der Leibdingnehmer ist als Glied der Familie des Leibdinggebers zu betrachten.

Der Leibdinggeber ist verpflichtet, ihm die seinen Bedürfnissen und den Verhältnissen angemessenen Leibdingsleistungen zu machen, insbesondere für Wohnung und Unterhalt, in Krankheitsfällen auch für Pflege zu sorgen. Das Nähere wird theils durch den Vertrag, theils durch die gute Sitte bestimmt und ist im Zweifel durch gerichtliches Ermessen festzustellen.

1. Als Glied der Familie. In älterer Zeit als die wichtigsten Rechte noch an die Stellung eines Hausvaters und Familienhauptes gebunden waren, hatte dieser Satz eine größere Bedeutung, als gegenwärtig. Vgl. Bluntschli, zürcherische Rechtsgeschichte IV, § 50. Gegenwärtig bedeutet der Ausdruck nur, daß der Leibdingnehmer nicht schlechter zu halten sei, als die Art und Weise der Familie es erheischt, in welcher er als ein Glied Aufnahme gefunden.

2. Für Wohnung. (Vgl. § 303.) Man muß sich indessen davor hüten, das Wohnungsrecht des Leibdingnehmers mit dem Winkel im Haus für gleichbedeutend zu halten. Es kann möglicher Weise nach der Größe der Abtretung und den individuellen Verhältnissen des Leibdingnehmers weit umfassender sein.

3. Für Unterhalt. Auch in dieser Beziehung kommt sehr viel auf den Stand und das individuelle Bedürfniß des Leibdingnehmers an.

§ 492.

[1686.] Wenn der Leibdinggeber seine diesfälligen Pflichten unerfüllt läßt und die Pietätsrücksichten für den Leibdinggnehmer gröblich verletzt,

so daß die Fortsetzung des Leibdingsverhältnisses für den Leibdingnehmer unerträglich wird, so ist das Gericht auf Klage desselben ermächtigt, Auflösung des Verhältnisses auszusprechen und den Leibdinggeber zu einer bestimmten Entschädigung in Geld beziehungsweise einer jährlichen Leibrente zu verurtheilen, und wenn auf solche Weise nicht für den Leibdingnehmer gesorgt werden kann, den Leibdinggeber, unter billiger Berücksichtigung der gemachten und zu machenden Leistungen, zur Zurückgabe des Leibdingkapitales anzuhalten.

1. Der Paragraph ist, obwohl in der Referendumsausgabe angestrichen, unverändert.

2. Zwischen dem Leibdingnehmer und dem Leibdinggeber besteht ein enges persönliches Verhältniß, s. § 491. Wenn dann unter ihnen eine persönliche Mißstimmung und Gereiztheit entsteht und fortdauert, so reichen die Vertragsbestimmungen nicht aus, um das Verhältniß erträglich zu machen, und es ist auch dem Richter nicht möglich, für eine genaue und redliche Erfüllung der verabredeten Leistungen durch Exekutionsmittel zu sorgen. Wird so das Verhältniß unhaltbar, so hilft in Wahrheit nur die Auflösung. Dem Gerichte wurde daher die Befugniß eingeräumt, dieselbe auszusprechen. Auch die Drohung mit dieser äußersten Maßregel kann unter Umständen wohltätig wirken und die Furcht davor insbesondere den Leibdinggeber bestimmen, daß er seine Pflicht gegen den Leibdingnehmer erfüllt, welcher bei diesem Geschäfte meistens als die schutzbedürftige Partei erscheint. Das Gegenstück hiezu bildet § 495.

3. Das Obergericht hat erklärt, daß wo möglich eine Leibrente zu bestellen sei, das sei das Passendste; und zwar eine Leibrente, die so groß sei, daß der Berechtigte in einer den versprochenen Leibdingsleistungen entsprechenden Weise daraus leben könne; um welchen Preis z. B. das Leibding bestellt worden sei, sei gleichgültig. (Z. XI, 217.)

§ 493.

[1687.] Stirbt der Leibdinggeber oder geräth er in Konkurs oder versetzt er sich durch Wegzug oder Veräußerung des Gutes, auf welches der Leibdingnehmer versichert ist oder an welchem er ein Wohnrecht hat, in die Unmöglichkeit, die verschiedenen wesentlichen Voraussetzungen des Vertrages zugleich zu erfüllen, so ist der Leibdingnehmer ebenfalls berechtigt, Auflösung des Verhältnisses und Schadenersatz zu fordern.

1. Die Worte „Stirbt der Leibdinggeber" sind neu. An sich soll wie bis dahin die Leibdingslast mit dem Tode des Leibdinggebers auf dessen Erben übergehen; aber da bei dem engen persönlichen Verhältniß zwischen Leibdinggeber und Leibdingnehmer dem Letzteren nicht zugemuthet werden kann, gegen seinen Willen das Leibding mit den Erben fortzusetzen, steht ihm das Recht zu, das Verhältniß zu lösen; dagegen haben die Erben außer dem Falle des § 495 dieses Recht nicht. Zuerst fand die Expertenkommission, es solle bei Auflösung des Leibdings in Folge Todes des Leibdinggebers nur verhältnißmäßige Rückzahlung des Leibdingskapitals, nicht wie in den übrigen

Fällen der Auflösung voller Schadenersatz verlangt werden können; schließlich wurde aber doch für praktischer gehalten, alle Fälle gleich zu behandeln.

2. Im Konkurse des Leibdinggebers wird das Gut desselben sammt der darauf haftenden Leibdingslast auf die Gant gebracht. Wird es so ersteigert, so geht die Last auf den Käufer über. Aber dem Leibdingnehmer ist in den meisten Fällen nicht damit gedient, in eine neue ihm fremde Familie überzugehen. Er hat das Leibding mit Rücksicht auf eine bestimmte Familie und ein bestimmtes Gut bezogen und ein Recht darauf, daß der Leibdinggeber ihn in seinem Hause wohnen lasse und versorge. Der Leibdinggeber darf sich daher diesen Verpflichtungen auch nicht willkürlich entziehen. Indessen würde man zu weit gehen, wenn man den Leibdinggeber auf Lebenszeit des Leibdingnehmers mit seiner ganzen ökonomischen Existenz an das abgetretene Gut binden wollte. Er kann nicht verhindert werden, wegzuziehen und anderwärts ein besseres Fortkommen zu suchen. Er ist nicht einmal direkt gehindert, das Eigenthum an dem Gute zu veräußern, selbst wenn er in dem nämlichen Dorfe bleibt. Die Veräußerung wird ihm erschwert sein, wenn das Gut dinglich mit dem Leibding belastet ist. Er wird sich deßhalb mit dem Leibdingnehmer gewöhnlich zuvor verständigen müssen; aber er kann, auch wenn es zu einer Verständigung nicht kommt, doch das Gut verkaufen und abtreten. Dann steht es aber dem Leibdingnehmer frei, entweder auf dem Gute zu bleiben und seine Leibdingsrechte auch dem neuen Erwerber gegenüber geltend zu machen, oder die Auflösung des Verhältnisses und Schadensersatz zu begehren. Die Bestimmung des § 492 findet dann Anwendung.

3. Der Konkurs des ursprünglichen Leibdinggebers gibt aber das Recht der Aufhebung nur dem Leibdingnehmer nicht dem Käufer der Unterpfande. (Z. XXIII, 216.)

§ 494.

[1688.] Der Leibdingnehmer darf seine Forderungen auf Leibdingsleistungen nicht an Dritte abtreten, noch durch Verheiratung oder in anderer Weise die Last des Leibdinggebers erschweren.

1. Die Aenderung dieses Paragraphen besteht nur darin, daß statt des Ausdruckes „durch Ausdehnung seiner Familienverhältnisse" der allgemeine „in anderer Weise" gebraucht wird.

2. Nicht abtreten, vgl. schweiz. OR. Art. 183. Der Grund liegt in der individuellen Beziehung des Leibdingnehmers zum Leibdinggeber und der Eigenthümlichkeit der Schuld, welche ganz und gar nach den Verhältnissen des Leibdingnehmers gemessen wird. Es gilt das auch für fällige, nicht bloß für künftige Leistungen.

3. Durch Verheirathung s. § 303. Bluntschli sagt, in der Kommission sei man einig gewesen, daß wenn der Leibdingnehmer während des Leibdings seine Frau durch den Tod verliere und nun wieder heirathen wolle, der Leibdinggeber sich die Aufnahme einer neuen Leibdingnehmerin in seine Familie nicht gefallen zu lassen brauche. Man habe daher zuerst den Ausdruck „Wiederverheirathung" gebrauchen wollen, dann aber gefunden, daß der Ausdruck „Verheirathung" auch diesen Fall mit umfasse. Zu dem nämlichen Resultate würde man vielleicht besser durch die Argumentation gelangen, daß, da die erste Leibdingnehmerin ihr Recht nicht cediren dürfte, eine solche

Uebertragung auch nicht auf dem Wege der Wiederverheirathung bewerkstelligt werden darf: das Recht ist eben ein streng persönliches. (Vgl. B. X, 161; XIII, 32.)

4. Da somit ein Dritter aus einem Leibdingsversicherungsbriefe keine Rechte für sich herleiten kann, so bedürfen vermißte Leibdingsversicherungsbriefe, sei es bei Lebzeiten, sei es nach dem Tode des Versicherungsnehmers, eines öffentlichen Aufrufes zu ihrer Amortisation nicht. (Vgl. § 393, 2.)

§ 495.

[1689.] Wenn er durch sein Verhalten es dem Leibdinggeber unerträglich macht, mit ihm in derselben Haushaltung zusammenzuleben, so ist auch in diesem Falle das Gericht ermächtigt, auf die Klage des Leibdinggebers das Leibdingsverhältniß aufzulösen und eine Entschädigung in Geld für den Leibdingnehmer zu ermitteln.

1. Dies ist das Gegenstück zu § 492. Der Grund des Unfriedens und der Mißverhältnisse kann, obwohl seltener, auch in dem Verhalten des Leibdingnehmers liegen, und dann wird der Leibdinggeber veranlaßt, die Auflösung zu fordern. Es ist nicht gleichgültig, auf welcher Seite die Verschuldung der Trennung zu finden ist; vielmehr hat das Einfluß auf die Bestimmung der Entschädigung. Diese ist reichlicher zu messen, wenn sie dem schuldigen Theil zu Gunsten des unschuldigen auferlegt wird, und spärlicher, wenn der schuldige Theil sie beziehen soll.

Siebenter Abschnitt.

Von dem Versicherungsvertrage.

Erstes Kapitel.

Versicherung im Allgemeinen.

A. Form und Inhalt des Vertrages.

§ 496.

[1704.] Durch den Versicherungsvertrag wird von dem Einen, dem Versicherer, gegen eine von dem Anderen, dem Versicherten, bezahlte oder zu bezahlende Prämie die Vergütung des aus einer gefürchteten Gefahr diesem widerfahrenden Schadens übernommen.

1. Das schweiz. OR. Art. 896 sagt: „Bis zum Erlaß eines eidgenössischen Gesetzes über den Versicherungsvertrag bleiben die allfällig bestehenden besonderen

Bestimmungen des kantonalen Rechtes über die Versicherungsverträge in Kraft." (Ueber die Entwürfe eines solchen Gesetzes s. Schneider, Kommentar zum schweiz. OR. Art. 896, 1.) Es sind in der Erwartung des Bundesgesetzes die bisherigen Bestimmungen unverändert gelassen worden.

2. Die Versicherungsverträge sind zwar auch gewagte Geschäfte, da sie den Gewinn oder Verlust von einem ungewissen Ereigniß abhängig machen. Sie unterscheiden sich aber von den Glücksverträgen in ihrem moralischen Charakter, indem sie einem Bedürfnisse des Vermögensrechts und Verkehrs nach Sicherheit ihren Ursprung verdanken und die Gefahr, welche das Individuum zu schwer betrifft, durch gemeinsame Uebernahme ermäßigen oder beseitigen.

§ 497.

[1705.] Der Versicherungsvertrag bedarf, damit er für beide Theile verbindlich werde, der schriftlichen Form. Für diese genügt indessen die Herausgabe eines Versicherungsscheines (der sogenannten Police) von Seite des Versicherers an den Versicherten, oder die übungsgemäße Vormerkung des ersteren in seinen Geschäftsbüchern.

1. Schriftliche Form s. schweiz. OR. Art. 11—13. Das Obergericht erklärte sie in einem Falle erfüllt, in welchem der Versicherte die in Rede stehende Versicherung in das ihm beim Abschluß der Generalpolice übergebene, seinen Namen tragende Assekuranzjournal eintrug beziehungsweise auf seinem Comptoir eintragen ließ, dieser Eintrag dann auf sein Ansuchen von der hiesigen Agentur der Versicherungsgesellschaft hinsichtlich der Prämienansätze vervollständigt und mit dem für Annahme von Versicherungsanträgen üblichen Visum versehen und endlich das bezeichnete Journal dem Versicherten wieder aushin gegeben wurde. (Z. XX, 126 Erw. 2. Vgl. Z. XXV, 192.)

§ 498.

[1706.] In dem Versicherungsvertrage ist zu bestimmen:

a. die Gefahr, um deren willen die Versicherung gemacht wird;
b. der Versicherungswerth des versicherten Gegenstandes;
c. die Versicherungsprämie.

1. Damit ist der objektive Inhalt des Versicherungsvertrags vollständig bezeichnet; in subjektiver Beziehung versteht sich, daß der Versicherer zu nennen ist. Unter Umständen kann dagegen der Name des Versicherten als unerheblich wegfallen und die Police auf den Inhaber ausgestellt werden. (Vgl. § 512, 1.)

§ 499.

[1707.] Die künftige Gefahr, welche durch die Versicherung vermindert oder aufgehoben wird, kann eine bestimmte sein, z. B. Feuersgefahr, Wasserschaden, Hagelschaden u. dgl., oder es kann für alle Gefahr überhaupt, welche den Versicherungsgegenstand während einer bestimmten oder wenigstens begrenzten Zeit treffen würde, Versicherung bestellt werden.

1. Eine völlig unbegrenzte Versicherung ist zu vage und unsicher, um rechtlich erfaßt zu werden. Als besonders häufig ist Transportversicherung, und in neuerer Zeit Unfallversicherung hinzuzufügen.

§ 500.

[1708.] Ist aber die Gefahr, für welche Versicherung gesucht wird, mit einer verbotenen Handlung verknüpft, so ist die Versicherung ungültig.

§ 501.

[1709.] Es darf keine Sache über ihren wirklichen Werth hinaus und daher auch nicht gegen die nämliche Gefahr zwei- oder mehrfach versichert werden. Vorbehalten bleiben die abweichenden Uebungen bei Seeversicherungen.

1. Vgl. § 504; deutsches Handelsgesetzb. Art. 790. Ueber ihren realen Werth hinaus. Die Versicherung hat den Zweck, Schaden abzuwenden, nicht den, auf die Gefahr als ein Gewinn bringendes Ereigniß zu spekuliren. Die Ueberversicherung ist daher im Widerspruch mit der Natur des Vertrags und geeignet, sowohl die Gefahr als die Fahrläßigkeit in Abwehr derselben auf Seite des Versicherten zu steigern. (Vgl. preuß. Landr. II, 8 § 1984.)

§ 502.

[1710]. Uebersteigt die Versicherungssumme den wirklichen Werth der Sache, so ist, abgesehen von strengeren Vorschriften, welche um der Gemeingefährlichkeit gewisser Versicherungen willen erlassen werden, der Versicherer auch nach der Ausstellung der Police jederzeit berechtigt, Herabsetzung jener Summe zu fordern, und ebenso der Versicherte Verminderung der Prämie. Ist von diesem Rechte Gebrauch gemacht worden, bevor der Schaden eintritt, so ist der Versicherer nach Eintritt des Schadens nur verpflichtet, die auf den wirklichen Werth herabgesetzte Versicherungssumme zu bezahlen und den Mehrbetrag der zuviel empfangenen Prämie zurückzuerstatten.

1. Herabsetzung jener Summe. Die höhere Werthung des Versicherungsgegenstandes über den realen Werth hinaus zieht nicht die absolute Ungültigkeit des Vertrags nach sich, sondern gibt dem Versicherer nur ein Recht, auf Ermäßigung der Versicherungssumme zu dringen.

2. Bevor der Schaden eintritt. Eine Anfechtung der Versicherungssumme wegen zu hoher Schätzung des Versicherungsgegenstandes nach dem Eintritt des Schadens kann, abgesehen von dolosem Benehmen des Versicherten, nicht gestattet werden. Es wäre gegen die gute Treue und das Verkehrsbedürfniß, wenn der Versicherte nach-

träglich noch Prozesse über die Richtigkeit der ursprünglichen Schätzung führen müßte, um zu der benöthigten Entschädigung zu gelangen.

3. Dieser Paragraph bezieht sich nur auf Werthversicherungen, nicht auf Gewinnversicherungen, wie solche bei Seeversicherungen üblich sind; er schließt auch nicht die Vereinbarung aus, daß nach einmal begonnenem Laufe der Gefahr Ristorno (s. § 517, 1.) nicht stattfinde. (Z. XX, 129 Erw. 6, vgl. § 902 des deutschen Handelsgesetzb.).

§ 503.

[1711.] Hat der Versicherte, indem er eine übermäßige Versicherungssumme angab, unredlich gehandelt, so ist der Vertrag für den Versicherer überall nicht verbindlich.

1. Unredlich gehandelt. Das ist schon dann der Fall, wenn der Versicherte mit vollem Bewußtsein und aus Spekulation einen höheren Werth versichern ließ, als die Sache hat.

2. Vgl. Z. XX, 108.

§ 504.

[1712.] In gleicher Weise ist eine nochmalige Versicherung desselben Werthes unzulässig und kann auch nachträglich von beiden Theilen Berichtigung gefordert werden. Der zweite Versicherer, welcher von der ersten Versicherung nichts gewußt hat, ist aber auch dann berechtigt, die Bezahlung der Ueberversicherungssumme zu verweigern, wenn dieser Versicherungsvertrag vor Eintritt des Schadens nicht angefochten worden ist, und kann nicht zur Erstattung der bereits bezahlten Prämien angehalten werden.

1. Vgl. deutsches Handelsgesetzb. Art. 792 u. ff. Desselben Werthes. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß der Versicherte die eine Hälfte des Werthes des Versicherungsgegenstandes bei dem einen Versicherer, die andere Hälfte bei dem anderen versichere; denn jede Hälfte ist ein Werth für sich.

2. Der zweite Versicherer. Die erste Versicherung ist aus diesem Grunde überall nicht anzufechten, da sie sich innerhalb der Schranken des Gesetzes bewegt. Die zweite Versicherung dagegen überschreitet diese Grenze, und da hier in der Regel ein unredliches Verfahren des Versicherten vorliegt, so wirkt diese Versicherung nicht verbindlich.

§ 505.

[1713.] Es können aber auch Personen und persönliche Eigenschaften zu einem Versicherungswerthe angeschlagen und dieser gegen Gefahren, z. B. des Todes oder der Arbeitsunfähigkeit, versichert werden.

1. Die Person hat zwar als solche keinen Vermögenswerth und ist überhaupt nicht Gegenstand des Vermögensrechts. Mit der Person aber ist die Fähigkeit zum

Vermögenserwerb (Arbeitskraft) und zum Genuß von Vermögen verbunden, und diese können daher auch zu einem bestimmten Werthe angeschlagen und gegen eine Gefahr gesichert werden, welche zwar unmittelbar die Person, mittelbar aber diesen Werth betrifft. So kann zwar, genau gesprochen, nicht das Leben eines Menschen gegen die Todesgefahr, wohl aber die vermögensrechtliche Bedeutung dieses Lebens, z. B. für die Familie, die von dieser Person ernährt wird, versichert werden.

§ 506.

[1714.] In dem Falle persönlicher Versicherung wird die Größe der Versicherungssumme durch freies Belieben der Vertragsparteien festgesetzt, und es kann das nämliche Interesse auf vollgültige Weise auch wiederholt versichert werden.

1. Eine Begrenzung der Versicherungssumme ist nicht möglich, weil es an einem sicheren Maßstabe für die persönliche Schätzung fehlt, und unnöthig, weil anderweitige Garantieen vorhanden sind, welche die muthwillige oder leichtsinnige Herbeiziehung der Gefahr durch den Versicherten hindern.

§ 507.

[1715.] Die Größe der Prämie wird durch freie Uebereinkunft bestimmt. Wird bei einer Versicherungsanstalt, welche statutengemäße Prämien verlangt, eine Versicherung angemeldet, so versteht sich als Meinung der Vertragsparteien die vorschriftsgemäße Prämie.

1. Die Prämie, welche von dem Versicherten dem Versicherer bezahlt wird, ist als Gegenwerth, Preis der von diesem übernommenen Verpflichtung zu betrachten.

§ 508.

[1716.] Bei Schließung des Versicherungsvertrages sind beide Parteien zur Wahrhaftigkeit und Treue verpflichtet.

1. Vgl. § 509, 1, 511. So sind die Antworten eines Versicherungsnehmers, der etwa 8 Wochen vor denselben einen mehrmonatlichen akuten und mit andern Krankheiten verbundenen Gelenkrheumatismus durchgemacht hatte, auf die Frage: „Leiden Sie oder litten Sie in letzter Zeit an Husten oder Heiserkeit?“ „An leichtem Husten im Frühjahr und Rheumatismus“; „leiden oder haben Sie gelitten an Rheumatismus, namentlich Gelenkrheumatismus?“ „Nein“ für unredlich und darum der Versicherungsvertrag als für den Versicherer nicht verbindlich erklärt worden. (HB. 1887 p. 97).

2. Den gleichen Vertrag haben Ober- und Kassationsgericht auch aus dem Grunde für unverbindlich erklärt, weil der Versicherte auf die Frage, ob er etwa schon von einer anderen Lebensversicherungsgesellschaft abgewiesen worden sei, nur einen angenommenen Versicherungsantrag erwähnt, dagegen verschwiegen hatte, daß er in der That von einer dritten Gesellschaft abgewiesen worden war (das. p. 98, p. 314; vgl. Z. XXV, 192 Erw. 2 u. f.; Entscheid. des Reichs-OHG. Bd. IX, 350).

3. Die hiegegen erhobene Einwendung der Erben des Versicherten, daß der Agent, welcher den Abschluß des Lebensversicherungsvertrages vermittelte, von jener Abweisung Kenntniß gehabt habe, ist vom Ober- und vom Kassationsgerichte mit Mehrheit als unstichhaltig abgewiesen worden (HB. a. a. O.). Ein in der Minderheit gebliebenes Mitglied des Obergerichtes hat freilich in der Presse (das. p. 315) diesen Entscheid heftig angegriffen, als dem Leben und dem Interesse aller Versicherungsgesellschaften widersprechend, und den Agenten als den „förmlichen Stellvertreter der Gesellschaft" erklärt, doch wohl ohne genügenden Grund, wie auch mit den genannten Instanzen das Reichsoberhandelsgericht (Entscheid. Bd. XVII, 20; IX, 353 Ziff. 2) übereinstimmt.

§ 509.

[1717.] Der Versicherte darf den Versicherer nicht durch unwahre Angaben oder durch unredliche Verschweigung einflußreicher Umstände zu täuschen und zur Versicherung zu bewegen suchen.

Fällt jenem eine erhebliche Verschuldung zur Last, so verliert er allen Anspruch auf die Versicherungssumme und darf weder die bezahlten Prämien zurückfordern, noch die Bezahlung der zur Zeit der Entdeckung seiner Schuld bereits verfallenen und der laufenden Prämie verweigern.

1. Vgl. § 508, 1–3. Geringfügige Unpäßlichkeiten, wie Husten und Heiserkeit, fallen hiebei nicht in Betracht. (Z. XXV, 188 Erw. 5.)

§ 510.

[1718.] Wird die Versicherung durch einen Stellvertreter des Versicherten besorgt, so hat der letztere dem Versicherer gegenüber die nachtheiligen Folgen zu tragen, welche solche Verschuldung des Stellvertreters für die Gültigkeit des Geschäftes hat.

1. Durch einen Stellvertreter. Z. B. einen Kommissionär oder Speditor. (Vgl. preuß. Landr. II, 8, § 2029. Deutsches Handelsgesetzb. Art. 367, 387.)

§ 511.

[1719.] Weiß der Versicherer zur Zeit des Geschäftsabschlusses, daß die Gefahr, um deren willen die Versicherung begehrt wird, bereits vorbei ist, und geht er dennoch den Vertrag ein, so ist er verpflichtet, die empfangene Prämie doppelt zurückzubezahlen.

1. Vgl. § 508. Deutsches Handelsgesetzb. Art. 789. In diesem Falle verfährt der Versicherer unredlich. Er verspricht eine Gefahr abzuwenden im Bewußtsein, daß keine da ist, und läßt sich die Prämie versprechen und bezahlen, ohne eine wirkliche Leistung zu übernehmen. Der Versicherte ist daher auch seinerseits nicht gebunden. Die einfache Zurückgabe der Prämie genügt nicht, um die Unredlichkeit zu züchtigen.

Es ist dies im zürcherischen Rechte wohl das einzige Beispiel einer im römischen Recht häufigen Bestimmung: Der gesetzlichen Privatstrafe.

§ 512.

[1720.] In der Police soll der Name desjenigen, welcher die Versicherung sich hat geben lassen, oder seines Stellvertreters genannt sein.

Sie darf nicht auf den Inhaber lauten.

Eine Ausnahme kann bei geringfügigen Versicherungen, oder soweit die Uebung und das Interesse des rascheren Verkehres dieselbe rechtfertigen, gemacht werden.

1. Zu Abs. 3. Bei dem Verkehr auf Eisenbahnen hat Jedermann ein Interesse an einer bequemen und leichten Form der Versicherung. Daß aber in der Regel die Policen nicht auf den Inhaber ausgestellt werden dürfen, hat seinen Grund darin, daß die Prüfung der Wahrhaftigkeit und Redlichkeit, welche dem Versicherten bei Abschluß des Vertrages obliegt, auf eine bestimmte Person gerichtet sein muß. (Vgl. Code de commerce § 332; preuß. Landr. II, 8, § 2071. Ital. codice di comm. Art. 605.)

§ 513.

[1721.] Die Police soll das Datum des Vertragsabschlusses enthalten mit Angabe des Tages, Monates und Jahres. Fehlt es an noch genaueren Vorschriften, so wird angenommen, die Versicherung gelte für den ganzen Tag, von welchem sie datirt ist..

1. Auf die Bemerkung, wenn die Police Nachmittags ausgestellt worden, so könne dieselbe doch nicht auf den Morgen des nämlichen Tages zurückdatirt werden, wurde erwiedert: Wenn die Statuten oder Verträge nichts Näheres festsetzen, so sei der ganze Tag als eine Einheit zu fassen, indem eine Unterscheidung nach Stunden oder Tageszeiten zu viel Unsicherheit errege, in obigem Beispiel daher die Versicherung allerdings auf den ganzen Tag auszudehnen. (Vgl. Italien codice di comm. Art. 611.)

B. Verpflichtungen des Versicherten.

§ 514.

[1722.] Der Versicherte ist zur Bezahlung der versprochenen Prämie verbunden.

Der Versicherer ist nicht verpflichtet, die Police jenem auszuhändigen, wenn er nicht die fällige Prämie dagegen erhält.

1. Vgl. preuß. Landr. II, 8, §§ 2109 ff. Die Auslieferung der Police dient daher häufig auch als Empfangschein für die bezahlte Prämie.

§ 515.

[1723.] Auch ohne Mahnung ist der Versicherte schuldig, für rückständige Prämien Verzugszinse zu bezahlen.

1. Verzugszinse s. schweiz. OR. Art. 119.

§ 516.

[1724.] Geräth der Versicherte in Konkurs, und ist er im Rückstande mit der Prämienzahlung, oder sind in der Folge weitere Prämien zu entrichten, so ist der Versicherer nur insofern verpflichtet, auch nach Durchführung des Konkurses gegen den Versicherten noch für späteren Schaden einzustehen, als die rückständigen Prämien bezahlt und die künftig verfallenden von der Verwaltung der Konkursmasse oder dem Käufer der Police zu bezahlen übernommen werden.

Die Verpflichtung zur Vergütung eines früher eingetretenen Schadens bleibt jedenfalls unversehrt.

1. Es ist Sache der Massaverwaltung zu prüfen, ob eine weitere Versicherung im Interesse der Masse liege oder nicht, und sich für das Zweckmäßige zu entscheiden. Es wird nicht etwa mit dem Eintritt des Konkurses die Fortdauer der Versicherung unterbrochen.

§ 517.

[1725.] Der Umstand, daß die Gefahr, um deren willen der Versicherungsvertrag abgeschlossen worden, nicht eingetreten ist, befreit den Versicherten nicht von der Verpflichtung zur Prämienzahlung.

Vorbehalten sind die besonderen Uebungen des Seerechtes über das sogenannte Ristorno.

1. Ristorno. Die Uebung des Seerechts nöthigt den Versicherer zur Rückerstattung der Prämie, wenn die versicherte Waare nicht abgeht, also die vorausgesetzte Seegefahr nicht eintritt, jedoch mit Vorbehalt einer übungsgemäß dem Versicherer bleibenden Entschädigung, Ristorno genannt. (Vgl. Mittermaier, deutsch. Privatr. § 308; Deutsches Handelsgesetzb. Art. 899—902; Italien, codice di comm. Art. 614).

§ 518.

[1726.] Eine Erhöhung der Prämien kann, abgesehen von bestimmten Vertragsvorbehalten, nicht gefordert werden, auch wenn die Gefahr in einer zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht vorgesehenen Weise sich vergrößert.

1. Sich vergrößert. Z. B. bei Lebensversicherungen wird die Sterblichkeit durch eine unerwartete Epidemie bedeutend vermehrt. In diesem Falle hat der Versicherer unglücklich spekulirt und muß den Schaden tragen. Anders ist es, wenn die Grundlagen des Versicherungsvertrages sich wesentlich geändert haben, dann kann allerdings die Aenderung den Vertrag selbst in seinem Bestand betreffen.

§ 519.

[1727.] Der Versicherte darf während der Versicherungszeit nichts vornehmen oder vornehmen lassen, wodurch den Voraussetzungen des Vertragsabschlusses zuwider zum Nachtheile des Versicherers die Gefahr vergrößert wird.

Thut er dies dennoch, so wird angenommen, er habe von da an die ganze Gefahr auf sich genommen, und der Versicherer sei inzwischen frei von der Ersatzpflicht.

1. Die Gefahr vergrößert. Z. B. Der Versicherte bringt das versicherte Mobiliar im Gegensatz zu den ursprünglichen Voraussetzungen des Vertrags an einen offenbar feuergefährlichen Ort, oder nimmt in seinen Stall zu dem versicherten Vieh wissentlich ein krankes Thier auf und die Krankheit theilt sich mit.

2. Wenn auch nach geschlossener Lebensversicherung die Lebensweise des Versicherten keine geregelte und musterhafte gewesen ist, so genügt dies doch nicht zur Anwendung dieses Paragraphen, denn nur solche Handlungen könnten diesfalls in Betracht fallen, welche einerseits große Leichtfertigkeit mit Bezug auf die Erhaltung von Gesundheit und Leben bekunden und anderseits in der That das Leben erheblich abgekürzt haben. (Z. XXV, 184). Vgl. § 521. Vermehrung der Gefahr durch verdächtigen Kaufvertrag über das Objekt einer Feuerversicherung s. Z. XX, 108.

§ 520.

[1728.] Ebenso ist der Versicherte verpflichtet, wenn sich unvorhergesehene Vorfälle der Art ohne sein Zuthun ereignen, in erheblichen Fällen dem Versicherer ohne Verzug davon Kenntniß zu geben.

Eine Versäumniß dieser Pflicht hat für ihn die nämliche Folge, daß er die Gefahr nun selber tragen muß.

1. Vgl. preuß. Landr. II, 8, § 2118. Es kommt darauf an, ob ein Vorfall nach vernünftigem Ermessen auf die Schätzung der Gefahr und somit auf den Entschluß des Versicherers, den weiteren Risiko zu tragen, von Einfluß sein würde. (Seuffert, Arch. VI, Nro. 249; Z. XXII, 314).

§ 521.

[1729.] Bei der Beurtheilung solcher Fälle darf indessen nicht mit kleinlicher Aengstlichkeit verfahren werden, sondern es sind die Verhältnisse

nach den Grundsätzen der Billigkeit und des von beiden Theilen geforderten guten Glaubens zu behandeln.

1. Vgl. § 519, 2. Dem Versicherten darf keineswegs eine ängstliche Vermeidung aller Gefahr zugemuthet werden. Er versichert häufig gerade deßhalb, um beruhigter der Gefahr entgegentreten zu können. Wer z. B. sein Leben versichert, verletzt die Treue gegen den Versicherer nicht, wenn er schon nicht bei jedem Unwohlsein sich zu Bette legt und den Arzt gewähren läßt, noch selbst dann, wenn er in Zeiten der Epidemie höchst gefährliche Pietätspflichten ausübt oder sich in einer Landesgefahr mit herausforderndem Muthe benimmt. Anders, wenn etwa im Versicherungsvertrage sich entgegenstehende Bestimmungen finden, wie z. B. die daß für Kriegsgefahr nicht gehaftet werde.

§ 522.

[1730]. Ist der gefürchtete Schaden eingetreten, so ist der Versicherte verpflichtet, sobald er davon unterrichtet ist, dem Versicherer Kenntniß zu geben.

Erhebliche Vernachlässigung dieser Pflicht entbindet den Versicherer seiner Schuld in den Fällen, wo möglichst baldige Kenntnißnahme für ihn von Interesse sein konnte.

1. Es gilt das vorzüglich in den Fällen, wo es für den Versicherer wichtig ist, die Größe des Schadens zu kontroliren, oder wo er bei rechtzeitiger Kunde im Stande ist, durch seine Vorkehrungen den Schaden zu ermäßigen.

C. Verpflichtungen des Versicherers.

§ 523.

[1731.] Der Versicherer ist verpflichtet, den um der übernommenen Gefahr willen eingetretenen Schaden dem Versicherten in Geld zu vergüten, unter Umständen die Versicherungssumme zu bezahlen.

1. Geht die Sache unter, so muß in der Regel die Versicherungssumme bezahlt werden s. § 527. Wird dagegen die Sache nur beschädigt, so genügt der Schadensersatz.

2. Wenn auf die Ersatzklage des Versicherten hin bestritten wird, daß er die Versicherungsbedingungen erfüllt habe, bei deren Nichterfüllung er seiner Rechte aus der Versicherung für verlustig erklärt werden müßte, so hat er die Erfüllung dieser Bedingungen und nicht der Versicherer die Nichterfüllung zu beweisen. (Entsch. des Reichs-OHG. XI, Nro. 45).

§ 524.

[1732.] Im Zweifel wird angenommen, der Versicherer habe sich nicht verpflichten wollen, einen Schaden, welcher aus inneren Mängeln der versicherten Sache entstanden ist, zu ersetzen.

1. Das Gegentheil ist möglich, z. B. es werden Lebensmittel für einen längeren Transport gegen die Gefahr der Fäulniß versichert. (Vgl. preuß. Landr. II, 8 §§ 2221 ff. deutsches Handelsgesetzb. Art. 825, Abs. 2).

2. Die Beweislast bezüglich der Behauptung eines Schadens aus inneren Mängeln (besser: natürlicher Beschaffenheit) des Versicherungsobjektes liegt dem Versicherer ob. (ZGR, I, 440.)

§ 525.

[1733.] Ist die Versicherung für eine bestimmte Gefahr versprochen worden, z. B. für Feuerschaden, Hagelschaden, Viehseuche u. dgl., so haftet der Versicherer nicht, wenn der Schaden die Folge einer anderen Gefahr ist.

1. Z. B. Ein gegen Feuerschaden versichertes Haus wird durch den Feind zusammengeschossen oder durch ein Erdbeben zerstört. Dafür haftet der Versicherer nicht.

§ 526.

[1734.] Der Versicherer für eine näher bestimmte Gefahr haftet aber auch dann, wenn der Schaden nicht als eine unmittelbare, sondern nur als eine mittelbare Folge derselben betrachtet werden kann, z. B. für den beim Feuerlöschen entstandenen Schaden, für Rettungskosten bei theilweisem Untergange u. dgl. Vorbehalten sind nähere Vertragsbestimmungen.

1. Für den beim Feuerlöschen entstandenen Schaden. Z. B. Das Wasser der Feuerspritzen schädigt die Tapeten, oder es werden bei den Rettungsversuchen Thüren eingeschlagen und Geräthschaften zerbrochen u. dgl. Vgl. das Gesetz betr. die Brandversicherungsanstalt für Gebäude im Kanton Zürich vom 25. Okt. 1885 (Off. S. Bd. XXI, 205) § 9 „Die Brandversicherungsanstalt vergütet den Schaden, welcher

a) durch Feuer,
b) durch die zur Dämpfung des Feuers oder zur Verhinderung seiner Ausbreitung gebrauchten Mittel

an den versicherten Gebäuden verursacht worden ist".

§ 527.

[1735.] Ist der versicherte Gegenstand zu einem bestimmten Werthe angesetzt und auf diese Summe versichert, so ist im Falle seines Unterganges im Zweifel die volle Versicherungssumme zu bezahlen, und es wird dadurch der Versicherer frei von seiner diesfälligen Verpflichtung.

Vorbehalten sind die Beschränkungen der §§ 502 und 504.

1. Vgl. § 523, 1.

§ 528.

[1736.] Das Recht auf die Versicherung kann in Verbindung mit dem Eigenthum an dem versicherten Gegenstande oder mit der Verpfändung des letzteren auch auf einen Anderen übertragen werden, ohne diese Verbindung aber nur nach Maßgabe des besonderen Vertrages mit dem Versicherer beziehungsweise der Versicherungsstatuten.

1. Kann. Nothwendig ist die Uebertragung nicht; es kann auch nachher noch der Versicherte ein selbständiges Interesse haben gegen die Gefahr, welche die veräußerte Sache bedroht, gesichert zu bleiben, und soweit das der Fall ist, hat die Versicherung für ihn noch immer einen Sinn.

2. Erhöhung der Gefahr durch eine solche Uebertragung in einem besonderen Fall und statutengemäße Pflicht zur Anzeige des Uebergangs des versicherten Gegenstandes s. Z. XX, 108.

§ 529.

[1737.] Auch wenn ein Anderer als Rechtsnachfolger des ursprünglich Versicherten erscheint, stehen dem Versicherer gegen den ersteren alle Einreden zu, welche er gegen den letzteren aus dem Versicherungsverhältnisse herzuleiten berechtigt wäre, wenn dieser die Forderung auf Schadenersatz stellen würde.

1. Vgl. schweiz. OR. Art. 189; Z. XX, 112 Erw. 6.

§ 530.

[1738.] Geräth der Versicherer in Konkurs, bevor die Gefahr vorüber ist, so steht es dem Versicherten zu, anderwärts eine Versicherung zu bestellen und die noch rückständigen Zahlungen der Prämien zu verweigern.

1. Vgl. § 501. Durch den Konkurs ist die Zahlungsunfähigkeit des Versicherers klar geworden und die Sicherheit, auf die der Versicherte gerechnet hatte, zerstört. Man kann ihm daher nicht zumuthen, daß er die noch unerfüllten Leistungen seinerseits abtrage, während die Aussicht auf die Gegenleistung untergegangen ist.

D. Klagverjährung.

§ 531.

[1739.] Jede Klage aus dem Versicherungsgeschäfte verjährt nach Jahresfrist, wenn die Parteien und die Gefahr sich innerhalb Europa befinden, das mittelländische und schwarze Meer und ihre Küstenländer

mitbegriffen, und nach zwei Jahren, wenn andere außereuropäische Interessen vorliegen.

1. Die kurze Frist hat ihren Grund in dem Bedürfniß einer schnellen Liquidation solcher Händel.

2. Die nämliche geographische Unterscheidung enthielt das schweiz. Wechselrechtskonkordat § 84 für die Wechselverjährung; es stimmt damit überein nur mit Ausschließung von Island und den Faröern aus der europäischen Zone die deutsche Wechselordnung Art. 78 und das schweiz. OR. Art. 804. (Vgl. Schneider, Komm. dazu Art. 804, 1.)

§ 532.

[1740.] Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem zuerst der Kläger von den Thatsachen, auf welche er seine Klage begründet, Kenntniß hatte oder bei gehöriger Sorge haben konnte.

1. Mit dem Tage. Dieser Tag selbst wird jedoch nicht mitgerechnet. (Vgl. schweiz. OR. Art. 88, 150; Schneider, Komm. zu dems. Art. 804, 3.)

Zweites Kapitel.

Wechselseitige Versicherung.

§ 533.

[1741.] Die Versicherung kann auch in der Art eingerichtet werden, daß eine Anzahl von Versicherten sich dahin verbindet, den Schaden, welcher Einzelne unter ihnen aus einer gemeinsamen Gefahr trifft, gemeinschaftlich zu tragen.

1. Die wechselseitige Versicherung oder Versicherung auf Gegenseitigkeit entspricht der Idee am vollständigsten. Die Spekulation ist dabei völlig ausgeschlossen, und es wird nur der Schaden, der für einen Einzelnen zu lästig wäre, von einer großen Gemeinschaft leicht getragen. Die nothwendigen Versicherungen, wie z. B. die zürch. Gebäudeassekuranz, sind daher auch auf diesen Grundsatz gebaut. Vgl. Gesetz betr. die Brandversicherungsanstalt für die Gebäude im Kanton Zürich vom 25. Okt. 1885. (Off. S. Bd. XXI, 205) § 1.

§ 534.

[1742.] Die Verbindung der Versicherten bildet bei der wechselseitigen Versicherung eine Genossenschaft, welche als Versicherer erscheint.

1. Genossenschaft. Der Ausdruck ist hier aus Versehen stehen geblieben. Gemeint ist nicht eine Genossenschaft im Sinne der Art. 678 ff. des schweiz. ORs.

mit solidarer Haftbarkeit der Theilnehmer u. s. w., sondern eine Genossenschaft im Sinne des früheren zürch. privatr. GB. §§ 21, 29 ff., also eine Korporation s. §§ 22 u. ff.

§ 535.

[1743.] Statt zu Prämien sind die Versicherten verpflichtet, durch ihre Beiträge die Kasse der Versicherungsgenossenschaft in den Stand zu setzen, daß die Verwaltungskosten und der erforderliche Schadenersatz daraus bezahlt werden können.

Das nöthige Maß der Beiträge wird in der Regel durch die Jahresrechnung bestimmt.

1. Beiträge. Die Beiträge werden hier jedenfalls nicht nach der Zahl der Versicherten gleich vertheilt, sondern nach der Größe der Versicherungssumme bemessen (§ 538).

§ 536.

[1744.] Indessen können auch bei wechselseitiger Versicherung feste Prämien vorgeschrieben werden. Reichen dieselben nicht aus zur Deckung der Kosten der Versicherung, so müssen die Versicherten einen verhältnißmäßigen Nachschuß leisten.

Wird ein Ueberschuß gewonnen, so kommt dieser als Dividende zur Vertheilung unter die Versicherten. Vorbehalten ist die Gründung und Erhaltung eines angemessenen Reservefondes.

1. Dividende. Vgl. schweiz. OR. Art. 630 ff.

§ 537.

[1745.] Sowohl die Nachschüsse als die Dividenden werden nach Verhältniß der Beiträge geleistet, zu denen jeder Versicherte verpflichtet ist.

§ 538.

[1746.] Die Größe der Beiträge wird zunächst nach Verhältniß des Versicherungswerthes bestimmt.

Die Größe der Gefahr kann aber weitere Unterscheidungen begründen in verschiedener Bestimmung der Beiträge je für verschiedene Klassen oder Gattungen von Fällen.

1. Weitere Unterscheidung. Z. B. bei Versicherungen gegen Brandschaden je nach der größern oder geringern Feuergefährlichkeit der Lage; bei Lebensversicherungen nach dem Eintrittsalter der Versicherten u. s. f.

Drittes Kapitel.

Einzelne Arten der Versicherung.

A. Feuerversicherung.

§ 539.

[1747.] Wenn Gebäude oder die fahrende Habe in denselben gegen die Feuersgefahr versichert werden, so sind die besonderen Gesetzesvorschriften darüber zu beachten.

1. Theils die hohe volkswirthschaftliche Bedeutung der Feuerversicherungsanstalten für die Vermögenssicherheit und den Kredit, theils die Rücksicht auf die Gemeingefährlichkeit ungeeigneter Bestimmungen darüber haben zu einer Reihe besonderer gesetzlicher Bestimmungen Veranlassung gegeben:

a. Gesetz betr. die Brandversicherungsanstalt für die Gebäude im Kanton Zürich vom 25. Okt. 1885. (Off. S. Bd. XXI, 205.)

b. Vollziehungsverordnung dazu vom 27. Febr. 1886 (das. p. 237.)

c. Verordnung betr. die Aufsicht des Staates über Versicherung von Fahrhabe vom 27. Juli 1880. (Off. S. Bd. XX, 191.)

B. Hagelversicherung.

§ 540.

[1748.] Die Schätzung des eingetretenen Hagelschadens soll das Verhältniß ermitteln zwischen dem durch den Hagel zerstörten Theil der Früchte und der erwarteten Ernte des ganzen versicherten Grundstückes.

Ist es wahrscheinlich, daß die Früchte sich wieder von dem Hagelschlage ganz oder theilweise erholen, so ist vor der Ernte noch eine die erste Schätzung berichtigende Nachschätzung vorzunehmen.

1. Der erwarteten Ernte, je nach der Fruchtbarkeit des einzelnen Jahres, also dem Stande der Felder vor dem Hagelschlag.

2. Nachschätzung. Die erste Schätzung geschieht sobald als möglich nach dem Hagelschlag. Zuweilen läßt sich aber nicht sofort erkennen, ob nicht die getroffenen Früchte sich theilweise erholen, und es erscheint der Schaden im ersten Augenblick größer als er wirklich ist. Die Assekuranzgesellschaft kann daher in dieser Beziehung eine Revision der früheren Schätzung durch eine Nachschätzung ohne Vorbehalt vornehmen lassen.

3. Das Objekt der Versicherung bildet nicht die Pflanze in ihrem Zustande zur Zeit des Hagelschlages, sondern der muthmaßliche Jahresertrag des versicherten Grundstücks. (Z. XII, 55; vgl. Italien, codice di comm. Art. 446.)

§ 541.

[1749.] Ebenso vermindert sich die Vergütung verhältnißmäßig, wenn der Versicherte die Möglichkeit hat, durch eine zweite Aussaat den erlittenen Schaden ganz oder theilweise auszugleichen.

1. Der Versicherte ist zwar nicht gezwungen, die zweite Aussaat vorzunehmen, aber er muß sich, wenn er das versäumt, den Abzug ihres muthmaßlichen Ertrages von der Ersatzsumme gefallen lassen. Nimmt er die zweite Aussaat vor, so ist der wirkliche Ertrag in Abzug zu bringen.

§ 542.

[1750.] Die Größe der Vergütung wird in der Regel durch eine Summe bestimmt, welche sich zu dem Versicherungsanschlage verhält, wie der zerstörte Theil der Früchte zu dem ganzen Fruchtertrage des betreffenden Grundstückes.

1. Vgl. Rau, politische Oekonomie II, § 108. Eine der größten Schwierigkeiten macht die Ungleichheit der einzelnen Jahre, da in dem einen Jahr nur wenige und unbedeutende, in einem andern Jahr dagegen häufige und schädliche Hagelwetter sich ereignen. Manche Gesellschaften übernehmen daher nur innerhalb einer bestimmten Schranke die Vergütung des Schadens, so daß dann bedeutende Abzüge eintreten.

2. Beispiel:

Ganzer Fruchtertrag ohne Hagel:		Werth der zerstörten Früchte;		Versicherungssumme:		Größe der Vergütung:
2000 Fr.	:	300 Fr.	=	1200	:	X

$$X = \frac{300 \times 1200}{2000} = \text{Fr. } 180. —$$

C. Transportversicherung.

§ 543.

[1751.] Werden Waaren, welche versendet werden, mit Bezug auf die Gefahren versichert, denen sie bei der Versendung von dem Abgangs- bis zum Bestimmungsorte ausgesetzt sein können, so bezieht sich im Zweifel die Versicherung nur auf die Fälle höherer Gewalt, aber auch auf alle derartigen Fälle.

1. Dieser Paragraph hat seinen Grund darin, daß dem Versender ohnehin der Frachtführer für den Zufall haftet, welcher nicht durch höhere Gewalt herbeigeführt wird, s. schweiz. OR. Art. 457; Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875 (Eidg. Amtl. S. N. F. Bd. I, 682) Art. 23.

2. Höhere Gewalt, viz major, force majeure, forza maggiore, ist nach Exner ein Ereigniß, welches

a. außerhalb des Betriebskreises der Verkehrs-Unternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden verursacht hat, und
b. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Lauf des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt

nach Windscheid, Dernburg, Goldschmid u. A. eine Gewalt, die, auch wenn vorausgesehen, doch durch den Willen des Einzelnen mit den ihm zuzumuthenden Mitteln nicht beseitigt worden wäre. Diese letztere Definition entspricht wohl eher der zürcherischen Gerichtspraxis. Vgl. Schneider, Komm. z. schweiz. OR. Art. 457, 5; Hafner, die höhere Gewalt.

Als Beispiele höherer Gewalt pflegen angeführt zu werden Blitz, Lawinensturz, Feindesmacht, Feuersbrunst, unter Umständen auch Räuber. Das Eisenbahntransportgesetz (s. Ziff. 1) sagt im Art. 53:

„Als höhere Gewalt (unabwendbarer Zufall) im Sinne des Gesetzes können nicht geltend gemacht werden Unfälle, welche herbeigeführt worden sind:

1. Durch Versehen oder Vergehen der Beamten oder Angestellten,
2. durch Versehen oder Vergehen der in andern als für den Transport von Passagieren bestimmten Wagen zugelassenen Personen,
3. durch Eigenschaften oder mangelhafte Verpackung transportirter Gegenstände,
4. durch fehlerhafte, den allgemeinen Anforderungen der Technik nicht entsprechende Einrichtung des Baues oder Betriebes der Anstalt,
5. durch mangelhaften Zustand der Anstalt selbst oder ihrer Betriebsmittel,
6. durch Nichtbefolgung oder ungehörige Befolgung von Vorsichtsmaßregeln oder Vorkehrungen, die durch allgemeine polizeiliche Anordnungen oder spezielle Konzessionsbestimmungen der Anstalt zur Pflicht gemacht sind."

3. Durch die Generalpolice „für Rechnung, wen es angeht" (pour compte de qui il appartiendra) wird derjenige als Versicherter anerkannt, der beim Eintritt des Schadens sich als Interessent ausweist. Eine solche Police ist nicht ein eigentlicher Versicherungsvertrag, sondern lediglich ein auf Abschluß künftiger Versicherungen zu Gunsten Dritter gerichteter Vertrag; es ist daher die Forderung der Versicherungssumme nicht an dieselbe geknüpft. Ebenso verhält es sich aber auch mit den auf Grundlage jener Generalpolice geschlossenen speziellen Versicherungen. (OG. 1874, 33 Nro. 19 f. ZGR. I, 427.)

4. Die Bestimmung der Police, daß die Zahlung der Versicherungssumme im Streitfall erst nach der gerichtlichen Entscheidung zu geschehen habe, schließt die Zinspflicht für die Zwischenzeit nur dann aus, wenn der Streit sich auf Existenz oder Umfang des Schadens bezogen hat, nicht aber dann, wenn der Schaden nicht mehr gerichtlich festzustellen war und der Versicherer lediglich aus andern, unstichhaltigen Gründen die Zahlung weigerte. (OG. 1874, 34 Nro. 21.)

5. Der Versicherer, welcher auf Zahlung der Versicherungssumme belangt wird, kann bei der Versicherung für fremde Rechnung Forderungen, die ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehen, nicht zur Kompensation verstellen. Vgl. deutsches HGB. Art. 895; ZGR. I, 427.

6. Wenn auch der entstandene Schaden zum Theil vom Versicherten selbst zu tragen ist, sind doch alle Kosten, welche erforderlich gewesen sind, um die Größe des Schadens auszumitteln, und festzustellen, welcher Theil des Schadens auf den Versicherer falle, diesem aufzulegen. Vgl. deutsches HGB. Art. 838, Ziff. 4, Art. 844. ZGR. I, 441.

§ 544.

[1752.] Es steht dem Speditor oder Frachtführer frei, auch für den Schaden sich versichern zu lassen, für welchen er zwar verantwortlich ist, welcher aber nicht seiner persönlichen Fahrlässigkeit zugeschrieben werden kann.

1. Der Spediteur oder Frachtführer haftet nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für dasjenige seiner Angestellten und der Zwischenfrachtführer und auch selbst für den Zufall, der nicht auf höherer Gewalt beruht (schweiz. OR. Art. 457, 458, 459). Gegen diese Gefahren sich zu versichern, liegt daher in seinem Interesse, während der Versender keine Veranlassung hat, diesfalls einen Assekuranzvertrag zu schließen. Eine Versicherung gegen die Folgen eigenen Verschuldens zu schließen, würde dagegen unsittlich und darum unzulässig sein. (Schweiz. OR. Art. 17.)

§ 545.

[1753.] Die eigenthümlichen Grundsätze über Versicherung gegen Seegefahr mit Bezug auf den Transport der Waaren über das Meer werden durch das Seerecht bestimmt.

1. Versicherung gegen Gefahren der Seeschifffahrt s. deutsches HGB. Art. 782 ff., Italien codice di comm. Art. 604 ff.

§ 546.

[1754.] Die Eisenbahnanstalten sind berechtigt, für die ihnen zu bestimmtem Versicherungsansatze anvertrauten Güter Versicherungsscheine auszustellen, deren Benutzung dem jeweiligen Inhaber zusteht.

1. Dies ist eine Ausnahme von dem in § 512 ausgesprochenen Grundsatze.

D. Lebensversicherung.

§ 547.

[1755.] Die Lebensversicherungen, welche den Zweck haben, in einem bestimmten Todesfalle den Erben des Verstorbenen oder anderen überlebenden Personen eine Kapitalsumme zu sichern, können auf die ganze Lebensdauer des Versicherten erstreckt oder auf eine bestimmte Zeitdauer beschränkt werden.

1. Die Lebensversicherungsanstalten sind zuerst in England entstanden und zu großer Ausdehnung gelangt. Erst später fanden sie auch auf dem Kontinent Eingang und Verbreitung. Es ist das ein Institut von großem auch moralischem Werth und von entschieden konservativer Natur. Der Versicherte sorgt dadurch für eine Zeit, in welcher seine unmittelbare persönliche Wirksamkeit aufgehört hat. Er läßt sich bei Lebzeiten Entbehrungen gefallen, um den Nachkommenden den Verlust seiner Person weniger drückend zu machen, und strengt seine Kräfte an, nicht um für sich Vortheile

zu gewinnen, sondern um für die Ueberlebenden zu sorgen. Das Institut verdient daher in hohem Grade auch den Schutz der Gesellschaft, deren gesicherten Fortbestand es seinerseits unterstützt. Der Versicherte bezahlt gewöhnlich eine jährliche Prämie gegen die Sicherheit, daß mit seinem Tode ein entsprechendes Kapital als Versicherungssumme ausbezahlt werde.

2. Auf eine bestimmte Zeitfrist. Z. B. A, der mit Wahrscheinlichkeit erwartet, daß er oder seine Frau durch spätere Erbschaften in eine günstige Lage kommen werde, aber fürchtet, daß, wenn er in nächster Zeit sterben sollte, seine Familie Mangel leiden müßte, versichert, um sich und die Seinigen zu beruhigen, sein Leben auf die Dauer der nächsten sechs oder zehn Jahre. Stirbt er in der Zwischenzeit, so hat er ein Kapital hinterlassen; überlebt er diese Zeit, so hat er zwar die Prämie eingebüßt, aber diesen Verlust, für den er sich Beruhigung verschafft hat, aus seinem Erwerb gedeckt.

3. Die Police-Klausel, daß der Lebensversicherungsvertrag erlösche, wenn der Versicherte sein Leben durch Selbstmord verliere, umfaßt im Zweifel nicht die in unzurechnungsfähigem Zustande erfolgte Selbstentleibung; s. Fick in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. XX, 1; Entscheid. des Reichs-OHG. Bd. XVIII, Nro. 55.

§ 548.

[1756.] Der Versicherte kann die Versicherung auf sein eigenes oder auf ein fremdes Leben abschließen, letzteres aber nur, wenn der Versicherte ein Interesse an dem Fortleben der Person hat, auf welche die Versicherung abgestellt wird. Im entgegengesetzten Falle wird das Geschäft als ein Spielvertrag behandelt. (Schweizerisches Obligationenrecht Art. 512 bis 516.)

1. Ein Interesse. Wo dieses fehlt, da ist kein Schaden zu fürchten und keine Versicherung nöthig. Ohne dasselbe würde die Lebensversicherung (oder, was gleichbedeutend, Todesversicherung), nur den Charakter einer Spekulation haben und unter Umständen sogar, indem sie plötzlich ein Interesse am Tode der betreffenden Person schüfe, ihrem Leben gefährlich werden können.

§ 549.

[1757.] Dem Versicherten steht, abgesehen von besonderen Vertragsbestimmungen, bei Lebzeiten das Recht zu, die Forderung auf die Versicherungssumme auf einen Anderen zu übertragen, und der Versicherer ist ohne Rücksicht auf die Erben desselben sowohl berechtigt als verpflichtet, nach seinem Tode die Versicherungssumme an diejenige Person zu bezahlen, welche sich als rechtmäßigen Inhaber der Police ausweist.

1. Die Uebertragbarkeit der Forderung auf die Versicherungssumme befördert die Vortheile des Institutes sehr erheblich. Man kann in dieser Weise, ohne mit dem Erbgesetz in Konflikt zu gerathen, einzelnen Personen, für welche man sorgen will, Vermögen zuwenden, welches ihnen nach dem Tode des Versicherten nicht von den Erben, sondern von einer dritten Anstalt ausbezahlt wird. Obwohl der Effekt dieser

Zuwendung erst nach dem Tode des Schenkenden eintritt, so ist dieselbe doch nicht eine pflichtwidrige Schenkung Todes halber, da der Schenkende durch eigene Entbehrung bei seinen Lebzeiten jenes Resultat möglich macht und die Schenkung nicht von der Verlassenschaft wegnimmt. Daß das Institut nicht zu wirklicher Umgehung der Erbgesetze mißbraucht werde, dafür sorgt die Bestimmung des § 985.

2. Als rechtmäßigen Inhaber. Dies schließt nicht aus, daß auf der Police gleich wie auf den Sparheften mancher Sparkassen dem Schuldner das Recht gegeben wird, an jeden Inhaber der Urkunde zu bezahlen, was die Police zum Legitimationspapier macht.

E. Versicherung des Erlebungsfalles.

§ 550.

[1758.] Die Versicherung kann auch so bestellt werden, daß eine bestimmte Person die Versicherungssumme empfängt, wenn sie ein gewisses Alter oder einen bestimmten Zeitpunkt erlebt.

1. Anwendungen dieser Art Versicherung, welche die erhöhten Bedürfnisse gewisser Lebensereignisse zu befriedigen unternimmt, sind z. B. folgende:
   a. Ein Vater sorgt für ein Aussteuerungskapital, welches er empfängt, wenn seine Tochter später sich verheirathet.
   b. Ein Vater läßt sich eine Summe versichern für den Fall, daß sein Sohn ein gewisses Alter erreiche, in welchem für die höhere Ausbildung oder die Etablirung seines Sohnes größere Kapitalverwendungen nöthig werden.

§ 551.

[1759.] Diese Versicherung ist ebenfalls eine persönliche, und es kann die Versicherungssumme in beliebiger Größe angesetzt werden (§ 506).

F. Viehversicherung.

§ 552.

[1760.] Wenn das Leben eines Stückes Vieh versichert wird und die Versicherung auf dem Schatzungswerthe beruht, so ist derselbe nach dem zur Zeit geltenden Mittelpreise des einzelnen Stückes oder einer ganzen Klasse gleichartigen Viehes der Versicherung zu Grunde zu legen.

1. Durch Gesetz betr. Entschädigung bei Viehverlust vom 7. Dez. 1884 (Off. S. Bd. XXI, 153) und dazu gehörige Verordnung betr. das Verfahren behufs Ausmittlung der Entschädigung vom 8. Jan. 1885 (das. p. 155) ist auch eine Entschädigungspflicht des Staates begründet worden für den Fall, daß entweder
   a. zur Bekämpfung einer Seuche das Tödten von Pferden, Rindvieh, Ziegen, Schafen oder Schweinen polizeilich angeordnet wird, oder

b. der Geschädigte „durchaus bedürftig ist, beförderlich dafür nachsucht und der Schaden nicht durch ihn oder seine Angehörigen verschuldet wurde.“

In der Verordnung § 7 Abs. 5 wird hinzugefügt: „Insbesondere, wenn der Geschädigte ohne solche Nachhülfe nicht die Mittel besitzt, wieder Vieh anzukaufen oder schädliche Einflüsse, durch welche wiederholte Viehverluste herbeigeführt wurden, zu beseitigen.“ Im Falle a. heißt es aber „der Staat leistet“, im Falle b. nur „eine Unterstützung kann gewährt werden.“

2. In § 4 des citirten Gesetzes und in §§ 8 und 9 der citirten Verordnung ist von Gemeindeassekuranzen die Rede; und zwar ist in § 8 gesagt, daß wenn sie in Schadensfällen eintreten und die betreffenden Thiere zum Verschleiß übernehmen, sie denselben Anspruch auf die staatliche Vergütung haben, den der Eigenthümer hätte geltend machen können.

Achter Abschnitt.

Von der Gemeinderschaft (Zusammentheilung).

---

§ 553.

[1366, 1371.] Eine Gemeinderschaft (Zusammentheilung) entsteht, wenn zwei oder mehrere Geschwister ihr ganzes Vermögen oder mindestens das ganze bewegliche Gut zusammenthun in der Absicht, Gewinn und Verlust, Glück und Unglück zusammen zu theilen und eine Vermögensgemeinschaft zu haben.

Durch den Vertrag können indessen einzelne Vermögensstücke oder Vermögenstheile als Sondergut vorbehalten werden.

1. Zusammentheilung ist der alte Ausdruck des Stadterbrechts Th. III, § 13. Schon in der Kommission von 1855 wurde die Frage gestellt, ob es erforderlich sei, dieses Institut in dem Gesetzbuch noch zu erwähnen, da bei der gegenwärtigen Beweglichkeit des Lebens die Begründung einer solchen Gemeinschaft bedenklich erscheine und dieselbe in neuerer Zeit nur in einzelnen Landesgegenden noch in Uebung sei. Dagegen wurde bemerkt, das Institut komme immerhin, zumal unter unverheiratheten Geschwistern und auf dem Lande, nicht selten vor und habe einen eigenthümlichen Charakter, durch welchen es sich von einer gemeinen Gesellschaft unterscheide. Auch sei kein Grund, die bestehende Uebung zu stören oder zu hemmen, vielmehr ein Bedürfniß vorhanden, die Familien- und erbrechtlichen Beziehungen desselben zu schützen und das ganze Institut vor Mißbrauch und Mißkennen zu bewahren. Die ältere Gesetzgebung habe ebenfalls darauf Rücksicht genommen und es sei eine zeitgemäße Umbildung derselben wünschbar.

Bei der Revision des Gesetzbuches wurde die Frage neuerdings gestellt, und darauf hingewiesen, daß nur noch wenige Fälle der Begründung neuer Gemeinderschaften in letzter Zeit vorgekommen seien. In der That weist die Statistik der Rechtspflege hiefür folgende Zahl der Fälle auf:

1867 = 2;	1868 = 5;	1869 = 9;	1870 = 4;	1871 = 7;
1872 = 5;	1873 = 6;	1874 = 5;	1875 = 13;	1876 = 8;
1877 = 1;	1878 = 6;	1879 = 8;	1880 = 4;	1881 = 3;
1882 = 4;	1883 = 1;	1884 = 9.		

Total in den 18 Jahren 90 Fälle, also durchschnittlich 5 Fälle im Jahre, und zwar aus dem Bezirke Zürich viel mehr als aus jedem andern. Die im Jahre 1855 aufgeworfene Frage, ob man das Rechtsinstitut nicht über den Kreis der Geschwister hinaus ausdehnen wolle, kam Niemandem mehr in den Sinn.

Ein sehr gutes Zeichen für das Rechtsinstitut dürfte übrigens darin liegen, daß in den ganzen 30 Jahren der Geltung des pr. GB. kein Prozeß aus einer Gemeinderschaft entstanden ist.

2. Es wurde auch beantragt, die Materie in das Erbrecht zu verweisen. Hiegegen wurde geltend gemacht, daß das Rechtsinstitut seine hauptsächlichen Wirkungen ja unter Lebenden habe. Von anderer Seite wurde die Einreihung in das Familienrecht vorgeschlagen, worauf entgegnet wurde, daß die Wirkung im Wesentlichen eine vermögensrechtliche sei, ähnlich der der schon im römischen Rechte besonders unter Geschwistern vorkommenden societas omnium bonorum.

3. Bewegliches Gut s. § 58.

4. Sondergut. Ein Gemeinder kann einzelne Vermögensstücke ausschließlich für sich vorbehalten, z. B. sein Spargut oder einzelne Geräthschaften, Kapitalbriefe u. dgl. Ueber das Sondergut hat er allein zu verfügen, ohne Rücksicht auf die Gemeinderschaft. Dasselbe fällt auch seinen gewöhnlichen Erben nach seinem Tode anheim.

§ 554.

[1367.] Auch mit den Kindern verstorbener Geschwister kann die Gemeinderschaft eingegangen oder fortgesetzt werden.

1. Unter Geschwisterkindern allein kann, schon seit 1855, eine Gemeinderschaft nicht mehr bestehen, es muß ein Onkel oder eine Tante dabei sein.

2. Ein 1855 gestellter Antrag, die Gemeinderschaft nur unter kinderlosen Geschwistern zu gestatten, blieb in Minderheit.

§ 555.

[1368.] Die Gemeinderschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Gerichtes und der kanzleiischen Fertigung.

Die Prüfung des Gerichtes bezieht sich:

a. auf die Handlungsfähigkeit und die Willensfreiheit der Vertragsparteien;

b. auf die Klarheit der Vertragsbestimmungen;

c. auf die Angemessenheit des Inhaltes nach den natürlichen Beziehungen und Verhältnissen der Parteien;
d. auf das Verhältniß der pflichttheilberechtigten Erben.

1. Die Handlungsfähigkeit und die Willensfreiheit. Daraus folgt nicht, daß nicht handlungsfähige Personen keine Gemeinderschaft eingehen können. Nur bedürfen sie dazu der vormundschaftlichen Ergänzung ihres Mangels.

2. Die Angemessenheit des Inhaltes. Das Gericht übt sein freies Ermessen aus und ist berechtigt, einem Vertrag seine Genehmigung zu versagen, der den natürlichen Verhältnissen der Parteien unter sich oder zu dritten Personen widerstreitet. Es wird namentlich auch die Frage der Verwaltung und Stellvertretung (§ 559) ins Auge fassen.

3. Pflichttheilberechtigte Erben s. §§ 970 u. ff., § 556.

4. Ein ähnliches Verhältniß wird oft formlos, manchmal bloß faktisch, stillschweigend, eingegangen; die Brüder leben in ungetheilter Haushaltung auf dem Gütergewerb des verstorbenen Vaters mit einander fort. Das ist eine vollgültige Gemeinschaft, aber keine Gemeinderschaft; das Verhältniß ist stets löslich und hat keine erbrechtlichen Folgen.

§ 556.

[1369.] Den pflichttheilberechtigten Erben ist zwar von dem Gerichte Gelegenheit zu geben, ihre allfälligen Einwendungen zu äußern. Das Gericht ist aber ermächtigt, unter freier Berücksichtigung aller Verhältnisse seine Genehmigung zu ertheilen, ungeachtet durch die Gemeinderschaft die Interessen der Erben für die Zukunft gefährdet werden, und es kann die so genehmigte Gemeinderschaft auch nicht in ihren Wirkungen nach dem Tode eines Gemeinders aus dem Grunde angefochten werden, daß durch dieselbe die übrigen Erben ihre Pflichttheilsansprüche eingebüßt haben.

1. Die Gemeinderschaft geräth, wenn andere Pflichttheilsberechtigte Erben (siehe §§ 970 u. ff.), seien es Geschwister, seien es Kinder vorverstorbener Geschwister, vorhanden sind, leicht mit den Erbansprüchen dieser in schroffen Widerspruch. Regelmäßig nämlich ist in der Gemeinderschaft ein Erbvertrag eingeschlossen, indem die überlebenden Gemeinder ein ausschließliches Erbrecht erhalten an der Verlassenschaft des verstorbenen Gemeinders (§ 564). Ein Erbrecht eines außerhalb der Gemeinderschaft stehenden Bruders oder einer Schwester besteht daher erst, wenn alle Glieder der Gemeinderschaft ohne Nachkommen verstorben sind. (Z. XXIV, 258). Würde daher jede Entziehung des Pflichttheils als ein hinreichender Grund angesehen, um die Gemeinderschaft zu untersagen, so stände es in der Macht jedes einzelnen unter den Geschwistern, die Gemeinderschaft der übrigen zu hindern. Es kommt jedoch ferner in Betracht, daß die Gemeinderschaft um der lebenden Mitglieder willen eingegangen wird. Jene erbrechtliche Wirkung tritt nur ein, als Folge des Güterrechts unter den Lebenden. Sie wird nicht gewollt als eigentliches und nächstes Ziel des Vertrags. Es muß daher der Freiheit

der kontrahirenden Personen ein weiterer Spielraum zugestanden werden, als wenn es sich darum handelte, einen reinen Erbvertrag zu errichten. Es verhält sich damit ähnlich wie mit den Leibdingsverträgen. Vgl. §§ 481 ff. Nur hat hier der Richter freieres Ermessen, da hier die Zustimmung der pflichttheilsberechtigten Erben nicht erfordert wird.

§ 557.

[1370.] Von der genehmigten Gemeinderschaft soll durch gerichtliche Kundmachung im Amtsblatte dem Publikum Kenntniß gegeben werden.

1. Im Amtsblatte. Bekanntmachung in andern Blättern ist nicht nothwendig.

§ 558.

[1371.] Soweit kein Vorbehalt gemacht ist, wird alles Vermögen der Gemeinder, gegenwärtiges und künftiges, auch was einem derselben nach Erbrecht zukommt, gemeines Gut.

1. Alles Vermögen, auch was einem von ihnen geschenkt oder vermacht wird.

§ 559.

[1372.] Der Vertrag soll bestimmen, wem die Verwaltung des gemeinen Gutes zukomme, und wer als Stellvertreter der Gemeinderschaft im Verkehre und vor Gericht gelte, sei es daß Verwaltung und Stellvertretung vorzugsweise einem Gemeinder, oder denselben gemeinsam, oder jedem einzelnen überlassen werde.

1. Verwaltung und Stellvertretung. Die Verbindung der Gemeinder ist eine so innige, daß sie nach Außen als ein ungetrenntes Gemeinwesen erscheint. Daher muß aber auch die Organisation derselben näher bestimmt sein. Nach der alten Sitte nahm der älteste Sohn die Stellung des Familienhauptes ein, und in ihm war die ganze Verwaltung der Oekonomie und die Vertretung der Gemeinschaft in ähnlicher Weise geeinigt, wie in dem Ehemann und Hausvater einer Familie. Diese Sitte kann auch heutzutage durch den Vertrag neu bestätigt werden. Es ist aber auch zuläßig, daß die Gemeinder, die neben einander als selbständige Rechtssubjekte betheiligt sind, insbesondere für wichtige Geschäfte, die allseitige Zustimmung vorbehalten, und keinem einzelnen sich unterordnen. Endlich ist es denkbar, daß analog der Handelsgesellschaft jeder der Gemeinder als Geschäftsführer für die Gesammtheit ermächtigt wird. Bei der Prüfung derartiger Verträge durch das Gericht ist Bedacht zu nehmen, daß das Nähere klar geordnet werde. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Veräußerung oder Verpfändung der gemeinsamen Liegenschaften allseitiger Zustimmung der Gemeinder bedürfe.

2. Bezüglich des Stellvertreters gelten die Art. 36 u. ff. des schweiz. OR.

§ 560.

[1373.] Das Eigenthum an dem gemeinen Gute wird, so lange die Gemeinderschaft dauert, nicht in Theile zerlegt und ohne Unterscheidung ideeller Theile gemeinsam von den Gemeindern ausgeübt.

1. Mit dieser Fassung sollte im früheren privatrechtlichen Gesetzbuche die rechtliche Herrschaft der Gemeinder, wie Bluntschli's Kommentar sagte, als Gesammteigenthum im Sinne des § 567 des alten Gesetzes bezeichnet werden. Das Gesammteigenthum ist nun aber aus dem Gesetzbuche beseitigt worden (Vgl. § 108, 1), und darnach hätte vielleicht der Paragraph etwas anders gefaßt werden können; indessen drückt er doch immer noch den wesentlichen Gedanken aus: daß der einzelne Gemeinder seinen Antheil am gemeinsamen Vermögen weder veräußern noch verpfänden kann.

§ 561.

[1374.] Der Gemeinder kann nur aus erheblichen und zureichenden Gründen Auflösung der Gemeinderschaft verlangen.

Als ein Grund gilt es z. B., wenn ein Gemeinder sich verheiratet oder wenn einem bisher kinderlosen Gemeinder ein Kind geboren wird.

1. Nur aus erheblichen und zureichenden Gründen. In der Kommission von 1855 wurde der Gedanke angeregt, die Auflösbarkeit der Gemeinderschaft noch mehr zu begünstigen, da das Verhältniß nur unter der Voraussetzung zuträglich sei, daß die Gemeinder in Frieden zusammenleben, aber unerträglich werde, wenn unter ihnen Hader und Streit entstehe. In der That darf das Institut noch weit weniger als die Ehe unlösbar sein. Die individuelle Wohlfahrt darf nicht der einmal eingegangenen Verbindung hingeopfert werden. Auf der andern Seite aber ist doch das ganze Institut auf die Dauer berechnet, und es wäre nicht minder bedenklich, die Fortdauer desselben von der wechselnden Laune des einzelnen Gliedes abhängig zu machen. Die ganze Verbindung würde so in ihrem Bestande unsicher und schwankend und jede augenblickliche Aufwallung des Unwillens oder Zorns würde ihre ganze Existenz in Gefahr bringen. Die Auflösung wird daher auf Begehren auch eines einzelnen Gemeinders gestattet, aber nur, wenn wichtige Ursachen dieselbe rechtfertigen. Als solche hat das Obergericht dauernden Hader, üble Behandlung, Quälerei, Hintansetzung die ein Gemeinder von Seite der übrigen zu dulden hätte, erklärt. (OG. 1874, Nro. 11.)

2. Wenn ein Gemeinder sich verheirathet. Heirathet die Schwester, so tritt sie in die Familie ihres Ehemannes ein und kann schon deßhalb nicht in der bisherigen Gemeinschaft verbleiben. Heirathet ein Bruder, so ist weder der Frau desselben zuzumuthen, daß sie in die Gemeinderschaft eingehe, noch ihm selbst, daß er in so veränderter Lebensstellung als Familienvater noch länger in der Lebensgemeinschaft mit seinen Geschwistern verbleibe, noch endlich dieser, daß sie statt mit dem ledigen Bruder mit dessen besonderer Familie die bisherige Verbindung fortsetze.

3. Wenn ..... ein Kind geboren wird. Die von Natur engere Verbindung, die zwischen dem Vater und der Mutter mit dem Kinde entsteht, kann auf-

lösend wirken auf die bisherige weitere Familiengenossenschaft, indem die neuen Pietätsbeziehungen die Eltern in den Hintergrund drängen. Es ist hier zunächst an eheliche Kinder gedacht, indessen wirkt der nämliche Grund auch, wenn die Schwester zur Mutter eines unehelichen Kindes wird, aber nicht ebenso, wenn der Bruder ein uneheliches Kind erzeugt.

4. Dieser Paragraph gilt nur dann, wenn nicht sämmtliche handlungsfähigen Glieder der Gemeinderschaft erklären, daß sie deren Auflösung wollen; wenn sie hingegen dies erklären, so genügt zur Auflösung, daß das Gericht sich von ihrer Willensfreiheit überzeugt (OG. 1874 Nro. 11). Die Mitwirkung des Gerichtes ist also zur Auflösung durch Uebereinkunft eben so nöthig, wie zur Begründung des Verhältnisses.

§ 562.

[1375.] Stirbt ein Gemeinder, so wird die Gemeinderschaft aufgelöst, insofern nicht durch den Vertrag bestimmt war, daß dieselbe unter den Ueberlebenden fortdauern solle.

1. Der Tod wirkt hier in der Regel auflösend, da die Gemeinderschaft um des gemeinsamen Haushaltes und Lebens willen in höherem Maße auf die individuellen Eigenschaften der Gemeinder gegründet ist, als die andern Gesellschaften.

2. Daß dieselbe unter den Ueberlebenden fortdauern soll. Vgl. schweiz. OR. Art. 545 Ziff. 2, Art. 572, 611.

§ 563.

[1376.] Wenn bestimmt worden, daß nach dem Tode eines Gemeinders dessen Kinder die Gemeinderschaft fortsetzen sollen, so steht denselben die Wahl offen, ob sie in der Gemeinderschaft verbleiben oder aus derselben ausscheiden wollen. Erklären sie sich für das erstere, so dauert die Gemeinderschaft so fort, daß der Theil des verstorbenen Gemeinders nun von dessen Erben gemeinsam übernommen wird.

1. Durch Vertrag kann bestimmt werden, daß nach dem Tode eines Gemeinders nicht bloß die Ueberlebenden unter sich, sondern auch mit den Kindern des Verstorbenen die Gemeinderschaft fortsetzen sollen. Diese Verfügung ist aber nur im Interesse der Kinder, nicht zu deren Nachtheil zulässig. Sie bindet die überlebenden Gemeinder, nicht ebenso die Kinder des verstorbenen. Diese haben nicht nöthig, wenn ihnen das Verhältniß nicht weiter behagt, Gründe für die Auflösung anzugeben; sie können dasselbe einfach kündigen.

2. Von dessen Erben gemeinsam übernommen wird. War z. B. der gestorbene Gemeinder zu einem Sohnstheile betheiligt und hat derselbe zwei Kinder hinterlassen, welche die Gemeinderschaft fortsetzen, so kommt diesen zusammen auch in der Folge der Sohnestheil zu, der ihrem Vater gehört hatte.

§ 564.

[1377.] Die überlebenden Gemeinder haben in der Regel und abgesehen von anderen Vertragsbestimmungen ein vertragsmäßiges Recht für den Fall, daß ein Gemeinder ohne Kinder zu hinterlassen stirbt, in dessen Ansprüche auf das gemeine Gut als seine Erben, mit Ausschließung anderer außerhalb der Gemeinderschaft stehender Erben, einzutreten. Das vorbehaltene Sondergut fällt der gewohnten Erbfolge anheim.

1. In der Regel. Das vertragsmäßige wechselseitige Erbrecht der Gemeinder versteht sich zunächst von selbst, wenn eine Gemeinderschaft eingegangen wird. Abweichende Bestimmungen bedürfen ausdrücklicher Festsetzung. (Vgl. § 556.)

2. Das vorbehaltene Sondergut. Vgl. § 553, Abs. 2. Wenn z. B. von den vier Geschwistern A, B, C, D die drei jüngern B, C und D in der Gemeinderschaft lebten, A außer derselben, so fällt nach dem Tode des B sein Antheil an dem gemeinen Gute ausschließlich an C und D, das Sondergut des B dagegen an die drei Geschwister A, C und D.

§ 565.

[1378.] Wird die Gemeinderschaft aufgelöst, so wird das gemeine Gut unter die Gemeinder beziehungsweise deren Erben nach den verabredeten Theilen, im Zweifel nach so viel gleichen Theilen getheilt, als wirkliche Gemeinder gewesen sind.

1. Nach den verabredeten Theilen. Da eine Gemeinderschaft oft nach dem Tode des Vaters unter den hinterlassenen Söhnen und Töchtern verabredet wird, um das väterliche Vermögen beisammen zu halten und gemeinsam damit zu wirthschaften, so werden, wenn der Vater vor dem 1. Januar 1888 verstorben ist, die Theile oft ungleich sein nach dem ungleichen Erbverhältniß. Es ist aber gut, das Theilverhältniß im Vertrag auszusprechen, weil sonst leicht Zweifel entstehen können, zumal in der Folge neues Vermögen z. B. durch Erbschaft von andern Verwandten hinzukommen kann, ohne alle Rücksicht auf jene Ungleichheit der Erbtheile. Ergeben sich irgend Zweifel, welches Theilungsverhältniß gemeint sei, so sind gleiche Theile zu vermuthen.

2. Getheilt, und zwar nach dem gewohnten Theilungsverfahren. Vgl. § 114 und 115.

Neunter Abschnitt.

Von der Forderung auf Vorlegung einer Sache.

A. Allgemeine Bestimmungen.

§ 566.

[1816.] Wer ein rechtliches Interesse an der Vorzeigung einer beweglichen Sache hat, darf von dem Inhaber derselben fordern, daß er dieselbe vorlege.

1. Diese Forderung auf Vorlegung einer Sache beruht nicht auf Vertrag, sondern auf einer objektiven Rechtspflicht, welche ihren Grund in dem allgemeinen Bedürfniß hat, den Schutz jedes Rechts auf die Sache möglich zu machen. Sie ist vorzüglich im römischen Recht in Form der actio ad exhibendum zu juristischer Ausbildung gelangt, hauptsächlich zur Vorbereitung der Eigenthums- oder einer andern dinglichen Klage (Ulp. l. 3 § 3 D. ad exhib. 10, 4). Das fällt bei uns weg, da hier die Klage auf Abtrennung und Vorweisung gleich mit der Vindikation oder der andern dinglichen Klage selbst verbunden werden kann. Aus diesem Grunde ist der frühere § 1817, in welchem von solcher Vorbereitung die Rede war, gestrichen worden.

2. Dagegen kommt die Klage etwa vor behufs Ausübung eines Wahlrechtes; z. B. A hat im Testament dem B das Recht vermacht, nach seiner Auswahl in der Verlassenschaft des A Kleider oder ein Gemälde als Vermächtniß zu beziehen; damit die Wahl möglich sei, müssen die vorhandenen Gegenstände vorgewiesen werden.

§ 567.

[1818.] Es genügt, das Dasein eines rechtlichen Interesses zu bescheinigen, und es ist die Frage auf summarischem Wege nach billigem Ermessen zu erledigen.

1. Zu bescheinigen. Ein strenger Beweis ist meistens nicht möglich und wird auch nicht gefordert. Die Wahrscheinlichkeit genügt. Aber allerdings muß ein rechtliches Interesse vorliegen, d. h. es muß der Kläger ein Recht auf die Sache behaupten und einigermaßen wahrscheinlich machen; ein anderes Interesse dagegen, z. B. die Bücher des Beklagten einzusehen und zu lesen oder den Verkehr desselben zu studiren, genügt nicht. Paulus l. 19 D. ad exhibendum. Ein solches Interesse ist gerichtlich einer Frau zuerkannt worden mit Bezug auf die Einträge im Notariatsprotokoll über die dem Ehemann gehörenden Liegenschaften, damit sie ihre Entschädigungsansprüche im Scheidungsprozeß stellen und begründen könne. (Z. III, 133 Erw. 4). Dagegen

wurde das Recht der Einsicht der im Nachlasse des Mannes vorhandenen Schriften der gültig enterbten Wittwe abgesprochen. (Z. XXIII, 225.)

2. Auf summarischem Wege. Für das Verfahren sind die §§ 615 u. ff. des Rechtspflegegesetzes maßgebend. Man hat das Gesuch bei dem Gerichtspräsidenten des Wohnortes des Beklagten anzubringen.

§ 568.

[1819.] Die Forderung kann gegen Jeden gestellt werden, welcher in der äußeren Lage ist, die Sache vorlegen zu können.

1. Die Forderung setzt nur die Möglichkeit der Vorzeigung auf Seite des Beklagten voraus, nicht nothwendig Eigenthumsbesitz. (Ulp. l. 3 § 15. Pomponius l. 4. pr. D. ad exhibendum.)

§ 569.

[1820.] Der Zweck der Klage ist Vorlegung der Sache zum Behufe der Einsicht derselben von Seite des Klägers.

1. Die Vorlegung muß nöthigenfalls vor Gericht geschehen. (Paul. l. 2 D. ad exhib.)

§ 570.

[1821.] Die Gefahr und die Kosten der Vorlegung hat der Forderer auf sich zu nehmen.

1. Vgl. Ulp. l. 11 § 1 D. ad exhibendum; Z. XXI, 319; Gesetz betr. die Rechtspflege § 620, welcher beifügt: „Auf Verlangen des Beklagten trifft der Gerichtspräsident im Interesse des Letzteren die nöthigen sichernden Bestimmungen." Nur wenn der Beklagte in doloser Weise die Sache weggeschafft hat, um sie der Vorzeigung zu entziehen, muß er auf seine Kosten sie wieder herschaffen.

2. Wenn es sich um Edition von Urkunden außer dem Prozeßverfahren handelt, so ist der Editionspflichtige in der Regel nur verpflichtet, dieselben bei sich selbst vorzulegen. Handelt es sich aber um den Inhalt zahl- und inhaltsreicher Urkunden, so ist der Pflichtige anzuhalten, dieselben an einem dritten Orte, wo möglich im Geschäftslokal eines Beamten, vorzulegen. Wenn durch ein gehöriges Verzeichniß aller Urkunden, besondere Signirung derselben und Aufsicht für Nichtveränderung ihres Inhaltes gesorgt werden kann, so ist es auch zuläßig, diesen Beamten am Wohnorte des Klägers zu wählen und die Versendung der Urkunden dahin auf Gefahr des Letztern zu verfügen. (Z. XXI, 319; s. Stränli, Komm. zum Proz.-Ges. § 620, 1.)

3. Die Versendung kaufmännischer Bücher an einen entfernten Ort wird vom Richter nur dann auferlegt, wenn besondere Gründe dafür vorliegen, z. B. wenn der Kläger bescheinigt, daß er bei Betretung des Geschäftslokales persönlich Unannehmlich-

keiten zu gewärtigen haben würde. (Z. XIX, 313; XXV, 233. ZGR. I, 241 Erw. 5; OG. 1874 Nro. 20; s. Sträuli Komm. zum Proz.Ges. § 416, 1, 2; § 620, 3.)

§ 571.

[1822.] Wenn der Beklagte die Vorlegung ohne zureichenden Grund verweigert, oder auf arglistige Weise unmöglich macht, so wird er schuldig, dem Kläger das Interesse zu vergüten.

1. Das Interesse ist der Ersatz des für den Kläger aus Nichterfüllung der Vorlegungspflicht entstandenen Schadens.

2. Weitere prozessualische Nachtheile, wie Ordnungsbuße, Aenderung der Beweislast, können den Arglistigen nach Maßgabe des Prozeßgesetzes § 412 treffen. Vgl. U. 2386 ff.

B. Vorlegung von Urkunden.

§ 572.

[797, 1823.] Die Einsicht gerichtlicher oder notarialischer Akten und Protokolle oder anderer öffentlicher Urkunden ist Jedermann gestattet, der ein rechtliches Interesse daran bescheinigt. Akten, welche lediglich aus vormundschaftlichem Interesse in öffentlichen Laden verwahrt werden, sind anderen Privatdokumenten gleich zu achten.

1. Vgl. § 344, 2. Das Grundprotokoll ist öffentlich, aber nicht in dem absoluten und abstrakten Sinne, daß Jeder seine Neugierde darin befriedigen und beliebig die ökonomische Lage seiner Nebenmenschen ausschnüffeln kann (B. XV, 213), sondern in dem geordneten und praktischen Sinn, daß Jeder, der ein rechtliches Interesse hat, sich die erforderlichen Aufschlüsse auf sichere Weise verschaffen kann. Eine formelle Beweisführung darüber ist indessen nicht nothwendig, sondern es sind die Umstände und die Personen frei zu würdigen, und es ist, wenn in diesen das Begehren um Auskunft seine Begründung findet, ohne ängstliche Pedanterie Aufschluß zu gewähren. Z. B. Der Vormundschaftsbehörde, welche erwägt, ob für eine Ehefrau Sicherstellung ihres Weiberguts zu verlangen sei, ist die Einsicht in die den Ehemann betreffenden Einträge des Notariatsprotokolles zu gestatten, weil sie die privatrechtlichen Interessen der Ehefrau vertritt. (Z. I, 166.) Der Steuerbehörde dagegen steht diese Einsicht nicht zu, wenn nicht etwa der Pflichtige sich auf die Inventarisation beruft.

2. Obgleich dieser Paragraph in der Referendumsausgabe angestrichen ist, ist darin nichts neu als die Worte „und Protokolle", durch welche der Inhalt des früheren § 797 hier herein geschoben wurde.

3. Vgl. §§ 567, 1; 570, 1, 2; 571, 2. Der Schuldbriefgläubiger ist befugt, behufs Wahrung seiner Rechte im Konkurse des Schuldners von der Notariatskanzlei Aufschluß zu verlangen über die mit seinen Unterpfanden seit Errichtung des Schuldbriefes vorgegangenen Handänderungen. (B. XIII, 206.)

4. Rechtliches Interesse s. § 567, 1.

§ 573.

[1824.] Insoweit eine Privaturkunde ihrem Inhalte nach den Charakter einer gemeinschaftlichen hat, sind die dabei betheiligten Personen, sofern sie ein rechtliches Interesse daran zu bescheinigen vermögen, berechtigt, Vorlegung zu fordern, auch wenn sie an dem Eigenthum der Urkunde selbst keinen Theil, noch sonst ein vertragsmäßiges Recht auf Mittheilung haben.

1. Ist die Urkunde im Eigenthum oder Miteigenthum dessen, der die Edition begehrt, so bedarf es eines besondern Schutzes in der Regel nicht und wo derselbe nöthig wird, versteht er sich von selbst. Zweifel und Streit entsteht gewöhnlich nur da, wo der Einsicht begehrende Kläger die Edition einer in fremdem Eigenthum befindlichen Urkunde fordert. Es hatte auch in der hiesigen Praxis vor 1855 die mißbräuchliche Neigung um sich gegriffen, die Edition von Urkunden ungebührlich zu bestreiten und zu verweigern. In Uebereinstimmung mit der Tendenz des Gesetzesentwurfes betreffend das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von Obergerichtspräsident Dr. Finsler, § 292, trat auch das privatr. GB. jenem Mißbrauch entgegen. Es wurde daher nicht gerade Miteigenthum gefordert, sondern nur eine dem Inhalte und der Bestimmung der Urkunde nach offenbare Gemeinschaft derselben vorausgesetzt, um die Klage auf Edition zu begründen.

2. Rechtliches Interesse s. § 567, 1.

§ 574.

[1825.] Als solche dem Inhalte nach gemeinschaftliche Urkunden gelten, abgesehen von den Geschäftsbüchern, Geschäftsbriefen und Telegrammen gemäß Art. 879 des Schweizerischen Obligationenrechtes insbesondere:

a. das Testament mit Bezug auf alle darin bedachten Personen und die natürlichen Erben;

b. die über ein Rechtsgeschäft vorhandenen Urkunden, Korrespondenzen, Empfangscheine, Quittungen für die Vertragsparteien;

c. die Rechnungen sammt den Belegen im Verhältnisse des Rechnungsstellers und Rechnungsnehmers;

d. die Urbare auch für die darin genannten Pflichtigen;

e. die Zinsbücher der Gläubiger auch für die Schuldner;

f. die Bücher der Sensalen und Börsenagenten für die Personen, deren Geschäfte dieselben vermitteln;

g. die Geschäftsbücher solcher Gewerbetreibender und Handwerker, welche nach dem Schweizerischen Obligationenrechte zur Eintragung in das Handelsregister nicht verpflichtet sind, auch mit Bezug auf dritte Verkäufer oder Käufer oder die angestellten Arbeiter und Gesellen.

1. Art. 879 des schweiz. OR. bestimmt:

„Bei Streitigkeiten über Rechtsverhältnisse, welche aus dem Betriebe eines Geschäftes herrühren, können Diejenigen, welche zur Führung von Geschäftsbüchern verpflichtet sind, zur Vorlegung derselben, sowie der empfangenen Geschäftsbriefe und Telegramme angehalten werden."

Und gemäß Art. 877 daselbst sind zur Führung von Geschäftsbüchern Diejenigen verpflichtet, welche verpflichtet sind, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen. Es blieb daher der Kantonalgesetzgebung nur noch übrig, die Editionspflicht auch mit Bezug auf die übrigen Gewerbetreibenden und Handwerker auszusprechen, und in diesem Sinne ist lit. g abgeändert worden.

2. Insbesondere. Dieses Wort wurde eingefügt, um darauf hinzuweisen, daß das Gesetz nicht die Absicht habe, alle Fälle erschöpfend aufzuzählen, sondern nur die wichtigsten Beispiele anzuführen, nach deren Analogie auch andere Fälle zu bemessen sind.

3. Das Testament. Vgl. §§ 995 ff.

4. Ueber ein Rechtsgeschäft vorhandene Urkunden. Dahin gehören sowohl die Vertragsurkunden selbst als auch die auf das Geschäft bezüglichen zwischen den Kontrahenten gewechselten Korrespondenzen. (Z. V, 380; so ein Bürgschein OG 1883 Nro. 5.) Diese Urkunden sind aber nur für die Kontrahenten gemeinschaftlich, nicht auch für Dritte, beim Rechtsgeschäfte nicht betheiligte Personen.

5. Bei kaufsweise übersandten Waaren spricht die Vermuthung dafür, daß denselben eine Faktur beigegeben gewesen sei, deren Edition der Verkäufer verlangen kann. (Z. X, 387.)

6. Gemeinschaftlich sind auch solche Urkunden, welche, obgleich nur in Einer Ausfertigung, doch im Interesse beider Parteien und in der Absicht errichtet worden sind, ihre Interessen gegenseitig zu reguliren, wie dies z. B. bei Beilenbüchlein, Abrechnungen u. A. der Fall ist. (U. 2393.)

7. Dem Antheilhaber an einer Familienstiftung ist die Einsicht der Stiftungsurkunde und der übrigen im Familienarchiv befindlichen Schriften zu gestatten. (B. XIV, 403.)

8. Der Inhaber ehemaligen Korporationslandes hat das Recht, Einsicht der auf die früheren Schicksale dieses Landes bezüglichen Protokolle zu verlangen. (Z. XIII, 262.)

9. Das Recht auf Edition der Geschäftsbücher geht auf die Erben des Interessenten zur Wahrung ihres Interesse über. (Z. XXI, 279 Erw. 7.)

10. Wenn beglaubigte Buchauszüge vorliegen, so kann der Auflage, die Bücher selbst vorzulegen, nicht die Androhung beigefügt werden, daß sonst das Gegentheil von dem als wahr angenommen werde, was die beglaubigten Buchauszüge bekunden. (ZGR. I, 241 Erw. 4.)

11. In dem Rechte auf Vorlegung der Bücher liegt nicht das Recht, daß die Bücher genau und richtig geführt werden; die Vorlegung und Geltendmachung eines unrichtigen Bucheintrages ist daher nicht Schädigung eines Rechtes auf Vorlegung, und dieses Recht ist auch nicht ein Vermögensrecht. (OG. 1885 Nro. 135.)

12. Die Protokolle der Verwaltung einer Bank sind deren Schuldnern gegenüber keine gemeinschaftlichen Urkunden. (OG. 1878 Nro. 24.)

13. Und Börsenagenten. Diese Worte wurden eingeschoben im Hinblick auf das Gesetz betr. die Gewerbe der Effektensensale und Börsenagenten vom 2. Dez. 1883. (Off. S. Bd. XXI, 52) § 2 Abs. 2:

„Als Effektensensal wird betrachtet, wer an der Börse Käufe und Verkäufe von Werthpapieren (Wechsel ausgenommen) für fremde Rechnung und auf fremden Namen vermittelt, als Börsenagent, wer solche Geschäfte für fremde Rechnung, aber auf den eigenen Namen abschließt."

14. Wer aus einem Vereine getreten ist, hat kein Recht mehr auf Einsicht der Vereinsdokumente, ausgenommen solcher, welche sich auf noch nicht erledigte ökonomische Verhältnisse zwischen ihm und dem Vereine beziehen. (Z. V, 259.)

15. Ein Mitglied eines Vereins oder einer Gesellschaft hat das Recht der Einsicht in alle Bücher und Schriften der Verbindung, soweit nicht eine Beschränkung aus den Statuten oder dem Zweck derselben hervorgeht, wie z. B. bei einer Gesellschaft zu Herausgabe einer Zeitung mit Bezug auf die Geheimhaltung der Autorschaft eines Zeitungsartikels. (Z. V, 258.)

§ 575.

[1826.] Dagegen ist Niemand verpflichtet zur Vorlegung von Urkunden, welche ihrer Natur nach einen rein persönlichen Charakter haben, wie bloße Notizbücher und eigentliche (nicht kaufmännische) Tagebücher, auch wenn dieselben Einträge über Geschäfte mit anderen Personen enthalten. Vorbehalten bleibt der Fall, in welchem gestützt auf ein dingliches Recht an einer Urkunde deren Vorlegung verlangt wird.

1. Der Schlußsatz des Paragraphen, welcher in der Referendumsausgabe angestrichen ist, enthält nur eine Verbesserung der Redaktion.

2. Hieher gehören auch die Haushaltungsbücher; nur etwa im Scheidungsprozeß wird deren Vorlegung verlangt werden können. Hieher ist auch ein Buch, in welches ein Darlehensschuldner die zur Begründung des Darlehens empfangenen Summen eingetragen hatte, gerechnet worden. (Z. XII, 218.)

Anhang.

Konkordat

über

Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel.

(Vom 22. April 1853.)

Off. S. Bd. IX., 254.

Die konkordirenden Kantone sind übereingekommen, über Bestimmung und Gewähr der Hauptmängel bei Thieren aus dem Pferdegeschlecht und beim Rindvieh folgende gesetzliche Vorschriften festzustellen:

§ 1. Beim Handel mit Thieren aus dem Pferdegeschlecht und mit Rindvieh, wenn das Thier über 6 Monate alt ist, hat der Uebergeber (Verkäufer oder Vertauscher) dem Uebernehmer (Käufer oder Eintauscher) während der gesetzten Zeit dafür Währschaft zu leisten, daß dieselben mit keinem von den im § 2 aufgezählten Gewährsmängeln behaftet sind.

§ 2. Gesetzliche Gewährsmängel sind:

a. Bei Thieren des Pferdegeschlechts:

1) Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle. (Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung.) Währschaftszeit 20 Tage.
2) Alle Arten von Dampf. (Engbrüstigkeit.) Währschaftszeit 20 Tage.
3) Verdächtige Drüse, Roz- und Hautwurm. Währschaftszeit 20 Tage.
4) Still- oder Dummkoller. Währschaftszeit 20 Tage.

b. Beim Rindvieh:

1) Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle. (Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung, mit Inbegriff der Perlsucht oder sogenannten Finnen.) Währschaftszeit 20 Tage.
2) Ansteckende Lungenseuche. Währschaftszeit 30 Tage.

Die Währschaftszeit beginnt mit dem Tage der Uebergabe des Kaufsgegenstandes.

§ 3. Das Vorhandensein eines Gewährsmangels innerhalb der Währschaftszeit hat zur Folge, daß der Uebergeber gehalten ist, das Thier zurückzunehmen und den empfangenen Kauf- oder Anschlagspreis dem Uebernehmer zu ersetzen.

§ 4. Wurde beim Kauf oder Tausch der Werth nicht bestimmt, so muß das zurückgebotene Thier durch zwei Sachverständige gewerthet werden, welche der Gerichtspräsident vom Wohnorte des Uebernehmers ernennt.

§ 5. Für Thiere, welche vor Ablauf der Währschaftszeit in andere als die konkordirenden Kantone oder in das Ausland geführt werden, dauert die Währschaftspflicht nur so lange, bis dieselben die Grenzen des Konkordatsgebietes überschritten haben.

§ 6. Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen über Gewährsmängel und Gewährszeit können durch Vertrag bedungen werden.

§ 7. Nimmt der Uebernehmer eines Thieres einen Gewährsmangel an demselben wahr, so hat er dem Uebergeber durch einen Gemeindsbeamten davon Anzeige zu machen und ihm das Thier zurückzubieten.

Der Uebergeber hat sich binnen zwei Tagen zu erklären, ob er das Thier zurücknehmen wolle.

§ 8. Erfolgt diese Erklärung nicht, oder kann der Uebernehmer wegen nahe bevorstehenden Auslaufes der Gewährszeit, oder aus einem andern Grunde den Uebergeber nicht befragen, so soll der Uebernehmer durch den Gerichtspräsidenten seines Aufenthaltsortes zwei patentirte Thierärzte bezeichnen lassen, welche das Thier zu untersuchen haben. Derjenige, welcher das Thier zuvor ärztlich behandelte, darf nicht mit der Untersuchung beauftragt werden.

§ 9. Die berufenen Thierärzte haben die Untersuchung sogleich, jedenfalls innert 24 Stunden nach Empfang der Aufforderung, vorzunehmen. Sind sie in ihren Ansichten einig, so ist der Befund und das Gutachten gemeinschaftlich, bei getheilter Ansicht aber von jedem besonders abzufassen. Im letzteren Falle wird der Gerichtspräsident unverzüglich eine nochmalige Untersuchung durch einen dritten Thierarzt anordnen, und dann die sämmtlichen Berichte der Medizinalbehörde des Kantons zur Abgabe eines Obergutachtens übermitteln.

§ 10. Erklären die untersuchenden Thierärzte, daß zur Abgabe eines bestimmten Befindens die Tödtung des Thieres nothwendig sei, so kann diese auf Bewerben des Uebernehmers vom Gerichtspräsidenten bewilligt werden. Jedoch ist der Uebergeber vorher davon in Kenntniß zu setzen, wenn solches möglich und keine Gefahr im Verzuge ist.

§ 11. Sollte ein im lebenden Zustande untersuchtes Thier während der Gewährszeit umstehen, oder aus polizeilichen Rücksichten getödtet werden, so ist dasselbe nochmals zu untersuchen, ein Sektionsbefund mit Gutachten abzufassen und nöthigenfalls das frühere Befinden zu berichtigen.

§ 12. Die erste Untersuchung eines Thieres muß innerhalb der Währschaftszeit vorgenommen werden, ansonst dieselbe keine rechtliche Wirksamkeit hat.

§ 13. Der Gerichtspräsident wird nach Empfang des Gutachtens der Thierärzte oder des Obergutachtens der Medizinalbehörde sofort dem Uebernehmer das Original, dem Uebergeber eine Abschrift davon zustellen, und den letztern auffordern lassen, sich zu erklären, ob er das Vorhandensein eines Gewährsmangels bei dem untersuchten Thiere anerkenne. Gibt der Uebergeber keine bejahende Erklärung, so kann er von dem Uebernehmer rechtlich belangt werden.

§ 14. Das übereinstimmende Gutachten der untersuchenden Thierärzte oder das Obergutachten der Medizinalbehörde ist für das richterliche Urtheil maßgebend.

§ 15. Die Kosten der Rückbietung, der thierärztlichen Untersuchung, sowie die nach der Rückbietung erlaufenden Kosten der ärztlichen Behandlung und Fütterung des Thieres, sind von demjenigen Theile zu tragen, welchem das untersuchte Thier anheimfällt.

§ 16. Nach angehobenem Rechtsstreite soll der Richter auf Begehren der einen oder andern Partei die öffentliche Versteigerung des Thieres anordnen.

Der Erlös wird vom Richter in Verwahrung genommen.

§ 17. Wird Rindvieh zum Schlachten veräußert und dann mit einer solchen Krankheit behaftet erfunden, daß der Verkauf des Fleisches ganz oder theilweise untersagt wird, so hat der Uebergeber für den erweislichen Minderwerth Vergütung zu leisten.

Viertes Buch.

Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Von dem Eherechte.

Erstes Kapitel.

Verlöbniß.

§ 576.

[59.] Das **Verlöbniß** (**Eheversprechen**), in welchem ein lediger Mann und eine ledige Frauensperson sich die Ehe versprechen, begründet das Familienverhältniß der Brautleute (Verlobten).

1. Es wurde in der Expertenkommission von einer Seite Werth darauf gelegt, daß das Familienrecht vom Personenrecht, mit welchem es bis dahin verbunden war, getrennt und erst hinter das Obligationenrecht unmittelbar vor das Erbrecht gestellt werde, was der Stellung in den Lehrbüchern und auch im sächsischen Gesetzbuche entspricht; mit dem Familienrechte wurde gesagt, beginne etwas Komplizirteres, was Sachen- und Obligationenrecht schon voraussetze. Hiegegen wurde darauf hingewiesen, daß das Publikum nun schon an die Verbindung von Personen- und Familienrecht gewöhnt sei, daß sie auch natürlich sei, daß auch im Sachen- und im Obligationenrechte Bestimmungen vorkommen, welche familienrechtliche Normen voraussetzen, und daß jene Verbindung auch einer Reihe anderer Gesetzbücher entspreche, wie dem **österr.** Gesetzb. §§ 44—284, **Code Napoléon** Art. 144—515 sammt seinen Nachbildungen (Freiburg Art. 53 ff., Jura u. s. w.), ferner **Glarus** §§ 41—127, **Solothurn** §§ 79—444, **Bern** Art. 29—331, **Luzern** Art. 40—199, **Aargau** §§ 45—412, **Graubünden** §§ 20—86, 98—151. Indessen entschied sich die Mehrheit der Kommission für die Veränderung der Stellung, und das wurde dann in den späteren Stadien der Gesetzesberathung nicht weiter angefochten.

2. Das **Verlöbniß** ist durchaus nicht als ein bloßer obligatorischer Vertrag zu betrachten. Es ist zwar ein Vertrag derer, die sich verloben, d. h. die Ehe versprechen. Aber der Inhalt des Vertrages ist familienrechtlich und dieser nur die Form, unter welcher ein neues, die engste Lebensgemeinschaft der Ehe vorbereitendes **Familien-** und **Pietätsverhältniß** zur Entstehung gelangt.

3. Das Verlöbniß hat Wirkungen im Intestaterbrecht, s. § 898, und im Prozeßrecht, s. Prozeßgesetz § 126 Ziff. 1 und § 127 Ziff. 1.

§ 577.

[60, 63.] Das Verlöbniß setzt die freie persönliche Zustimmung der Brautleute voraus.

Es ist in allen Fällen ungültig, in welchen eine Ehe zwischen den Verlobten unzulässig ist.

1. Die Ehe ist ihrem Wesen nach so sehr ein Verhältniß der individuellen Lebensgemeinschaft, daß schon in der Vorbereitung dazu der individuelle Wille, zusammen zu leben, vorhanden sein muß. Wenn in früheren Zeiten wohl etwa Eltern die Kinder und Herren ihre Unterthanen verlobt haben, ohne sich um deren Zustimmung zu bekümmern, so wird diese Ueberspannung der elterlichen oder obrigkeitlichen Macht in dem neuern Rechte, welches die individuelle Freiheit schützt, nicht mehr anerkannt. Einwirkungen der Familie, um den Willen des Sohnes oder der Tochter zu bestimmen, können freilich auch gegenwärtig nicht vermieden werden. Ein nöthigender Zwang aber wird nicht geduldet.

2. Freie Zustimmung. Vgl. eidgen. Civilstandsgesetz vom 24. Dez. 1874 (Eidg. Amtl. S., N. F. I, 509) Art. 26: „Zu einer gültigen Ehe gehört die freie Einwilligung der Brautleute."

3. Ehe unzulässig. Dies ist nach Art. 27 und 28 des Civilstandsgesetzes der Fall:

a. wegen zu geringen Alters:
wenn der Bräutigam noch nicht 18, die Braut noch nicht 16 Jahre alt ist; wenn ein Theil noch nicht 20 Jahre alt ist und der Inhaber der elterlichen Gewalt (Vater oder Mutter) oder der Vormund, nöthigenfalls die Vormundschaftsbehörden nicht zustimmen (damit ist der frühere § 61 privatr. GB. aufgehoben);

b. wenn ein Theil schon verheirathet ist;

c. wenn die Brautleute (Nupturienten) durch eheliche oder außereheliche Zeugung in auf- und absteigender Linie mit einander verwandt, voll- oder halbbürtige Geschwister, Oheim und Nichte oder Neffe und Tante sind;

d. zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, Stiefeltern und Stiefkindern, Adoptiveltern und Adoptivkindern;

e. wegen Geisteskrankheit oder Blödsinn eines Theils (Vgl. Z. VIII, 21);

f. bei der Wittwe, der geschiedenen Frau, der Ehefrau, deren Ehe nichtig erklärt worden ist, vor Ablauf von 300 Tagen nach Auflösung der früheren Ehe, welche Frist nicht mehr wie nach dem alten § 74 des privatr. GB. vom Gerichte abgekürzt werden kann. (OG. 1877 Nro. 73.)

(Für Wittwen und geschiedene Männer, für welche das frühere zürcherische Recht § 73 eine Wartefrist von 3 Monaten oder bei Dispens des Gerichtes 6 Wochen vorgeschrieben hatte, besteht eine solche überhaupt nicht mehr.)

Ferner nach Art. 48:

g. beim geschiedenen Ehegatten, der bei einem bestimmten Scheidungsgrunde als der schuldige Theil erscheint, vor Ablauf eines Jahres nach der Scheidung beziehungsweise derjenigen längeren (indessen nicht über 3 Jahre langen) Frist, welche das Gericht bestimmt. (Vgl. Z. V, 458.)

4. Die Ungültigkeit des Eheversprechens hindert, daß das Kind der Betreffenden als Brautkind betrachtet werde. Anders war dies nach dem alten Matrimonialgesetz, vgl. B. XIX, 31; OG. 1856, 11.

§ 578.

[62.] Wird das Dasein eines Verlöbnisses von einer betheiligten Person bestritten, so wird dasselbe nur dann als wirklich eingegangen betrachtet, wenn

entweder eine schriftliche Anerkennung desjenigen Verlobten vorliegt, welcher das Verlöbniß leugnet,

oder von der Familie dieses Verlobten bezeugt wird, daß ihr das Verlöbniß eröffnet worden sei;

oder wenn die Beobachtung der bei Verlöbnissen üblichen Sitten und Gebräuche, z. B. des Ringwechsels, nachgewiesen ist,

oder endlich, soweit keine solchen Gebräuche bestehen, wenn ein längere Zeit fortgesetztes Benehmen der beiden Personen das Vorhandensein eines Verlöbnisses als unzweifelhaft erscheinen läßt.

1. Es werden keine bindenden Formen für das Verlöbniß vorgeschrieben. Wird dasselbe von beiden Verlobten anerkannt, so ist gleichgültig, in welcher Form es eingegangen worden. Wenn aber der eine Theil die Thatsache der Verlobung behauptet und der andere sie bestreitet, dann genügt nicht jeder Beweis, daß ein Eheversprechen gegeben worden sei, und es wird hierin auch kein Unterschied gemacht, ob die Klage auf Entschädigung oder Genugthuung wegen ungerechtfertigten Verlöbnißbruches (§ 581) gerichtet sei, oder auf mittelbare rechtliche Folgen eines Verlöbnisses, wie z. B. bei stattgefundener Schwängerung der Verlobten durch den Verlobten, sich beziehe. (B. VIII, 419 Nro. 19; Z. XIV, 238 Erw. 1.) Die Vorsicht gebietet, scharf zu unterscheiden zwischen wirklichen Verlöbnissen, die ernstlich gemeint sind, und bloßen erregten Hoffnungen und verliebten oder verlockenden Betheurungen, denen die Familiensitte noch nicht die Kraft einer dauernden Verbindung beilegt.

2. Betheiligten Person. Unter diesem Ausdruck sind nur die Verlobten gemeint, nicht aber auch dritte Personen, deren Einwilligung nach § 577, 3 a nothwendig ist. (Z. X, 306 Nro. 2).

3. Der frühere § 62 erklärte für einen genügenden Beweis auch den Nachweis, daß das Verlöbniß von demjenigen Verlobten, der es nun bestreitet, dem Ortspfarrer eröffnet worden sei, der davon im Kirchenbuche Vormerk zu nehmen habe. Es hieng das damit zusammen, daß Klagen aus Bruch des Verlöbnisses nach § 66 gleich den Ehescheidungsklagen beim Pfarrer anhängig gemacht werden mußten. Da dies nachher geändert und beide Arten von Klagen, wie alle andern, an den Friedensrichter gewiesen wurden (Vgl. § 580, 1), ist damit jene Konstatirung des Verlöbnisses ganz aus der Uebung gekommen. Es wurde statt dessen in der Expertenkommission vorgeschlagen, zu sagen: „eine an ein amtliches Protokoll gefallene mündliche Erklärung der Verlobten"; aber man fand, daß ein solcher Eintrag doch oft zu wenig zuverlässig sein würde, z. B. eine unterschriebene Notiz am Protokoll des Friedensrichters.

Es ist unter dem früheren Rechte auch eine Erklärung vor dem Bezirksgerichtspräsidenten für nicht genügend erklärt worden. (Z. XIV, 240 Erw. 6, 10.)

4. Die bloße Einwilligung des einen Theils, daß ein mit dem andern erzeugtes Kind als Brautkind (§ 686) erklärt werde, genügt nicht zum Beweise des Verlöbnisses. (Z. II, 246 Erw. 3.)

5. Schriftliche Anerkennung. Schriftliche Eheversprechen kommen in den höhern Schichten der Gesellschaft selten, in den untern bisweilen noch vor, sogenannte Eheschreiben, (B. VIII, 156; XI, 34). Es wird aber keineswegs eine Vertragsurkunde gefordert. Unter Umständen kann auch ein Brief, in welchem das Verlöbniß ausdrücklich anerkannt wird, als schriftliche Anerkennung dienen. Indessen ist bei der Interpretation solcher Briefe mit Sorgfalt zu verfahren und nicht jede ausgesprochene Erwartung künftiger Heirath noch bloße schmeichelnde Liebesphrasen als wahre Anerkennung des Verlöbnisses zu interpretiren. (B. XIV, 445 Nro. 99; XVII, 6 Nro. 7.)

6. Familie. Es ist Sitte, besonders unter dem Bürgerstande, die Verlobung in Gegenwart der Familie zu erklären. Es muß daher auch das Zeugniß der Familie voraus beachtet werden. Aber es gilt nur das Zeugniß derjenigen Familie als beweisend, welcher der läugnende Verlobte selbst angehört. Allein diese ist nicht verbunden, gegen ihren Verwandten Zeugniß abzulegen, sondern kann dasselbe ablehnen. (Z. II, 326 Nro. 2; Prozeßgesetz § 368 Ziff. 1), während sonst die Vorschrift, daß nahe Verwandte nicht als Zeugen abgehört werden dürfen, bei Klagen aus Verlöbniß keine Anwendung findet (das. § 367.)

7. Ringwechsel. Das Gesetz muß sich an die Sitte anschließen und diese ist je nach dem Stande der Personen und theilweise auch je nach der Landesgegend verschieden. In den gebildeteren Ständen äußert im Ringwechsel, in den Brautgeschenken, in Familienfesten u. dgl. die Verlobung ihr Dasein.

8. Nach dem Texte des früheren § 62 und dem Kommentar von Bluntschli genügte jedoch dieser Ringwechsel oder dieser anderweitige Gebrauch für sich allein zum Beweise des Verlöbnisses nicht, sondern es mußte dieser Nachweis noch außerdem „durch das nachherige Benehmen der Verlobten als solches bekräftigt" werden. Freilich fügte Bluntschli selbst hinzu: „Uebrigens darf es mit diesem Beweise nicht allzu strenge genommen werden, denn unter einfachen Leuten, namentlich auf dem Lande, pflegen keinerlei Gebräuche vorzukommen, durch welche sich das stattgefundene Verlöbniß Dritten gegenüber besonders manifestirt. In diesem Falle hat der Richter zu prüfen, ob das Benehmen der Verlobten unter sich und Dritten gegenüber von der Art sei, daß es sich vernünftiger Weise nur aus dem Bestehen eines Verlöbnisses erklären lasse." In diesem Sinne hat sich denn auch eine ganz konstante Praxis gebildet (Z. III, 248 lit. c; IV, 404; X, 272; XIV, 237; XIX, 136 Nro. 5). Die Expertenkommission zog daraus wohl nur die Konsequenz, indem sie auch gesetzlich nicht mehr den Gebrauch und das fortgesetzte Benehmen, sondern nur das Eine oder das Andere verlangte; das Letztere aber soll immerhin, wie in der kantonsräthlichen Kommission betont wurde, nur genügen, soweit in der betreffenden Landesgegend oder Berufsklasse keine Verlobungsgebräuche bestehen.

9. Daß sich die Beiden die Hand geben, sich duzen, und daß dem Mann „Hochzeiter" gesagt wird, ist als für den Beweis des Verlöbnisses nicht genügend erklärt worden (Z. XIV, 239 Erw. 3—5); dagegen als genügend, daß Geschenke gegeben,

Briefe mit der Anrede „Herzlich Geliebter" geschrieben, im Hause der Jungfrau vom Mann vor ihr und ihren Eltern den jungen Leuten der Taus bezahlt, ihr Vater vom Mann auf dem Todbett gepflegt und der Mann ans Leid geladen, von ihm das Leidmahl besorgt, bei der Theilung des Nachlasses, bei der Erledigung eines Grenzstreites mitgewirkt und beide allgemein als Verlobte betrachtet wurden (Z. IV, 404; XIX, 136).

§ 579.

[65.] Es steht jedem Verlobten frei, einseitig von dem Verlöbnisse zurückzutreten. Eine Klage aus dem Verlöbnisse auf Vollziehung der Ehe ist somit unzulässig.

Ebenso ist die Verabredung von Konventionalstrafen für den Fall, daß die Ehe nicht zu Stande komme, ungültig.

1. Das Matrimonialgesetz §§ 26 ff. gestattete zwar auch keinen Zwang zur Vollziehung der Ehe, aber es forderte doch ein gerichtliches Verfahren zur Auflösung des Verlöbnisses, wenn nur der eine Theil zurücktreten wollte. Das privatr. GB. schützt die Freiheit des Rücktrittes in höherem Grade, selbst in den Fällen, wo die Braut schwanger ist. Es geschieht das im Interesse der Wahrheit und Freiheit der Ehe, welche die eheliche Gesinnung als Grundbedingung fordert. Die entgegengesetzte Ansicht verwechselt das Verlöbniß mit einem obligatorischen Versprechen.

2. Konventionalstrafen. Es ist unsittlich, schon bei Beginn eines engen, auf Zuneigung beruhenden Familienverhältnisses dessen Aufhebung vorauszusetzen und darauf hin zu spekuliren, und im Widerspruch mit dem Grundsatz der freien Einigung zur Ehe, diese mittelbar durch die Androhung ökonomischen Schadens erzwingen zu wollen. (Vgl. österr. Gesetzb. § 45.) Das preuß. Landr. II. 1, § 113, dagegen folgt noch der entgegengesetzten Theorie.

§ 580.

[67.] In der Regel sind, wenn das Verlöbniß wieder aufgelöst wird, die gegenseitigen Geschenke zurück zu erstatten.

1. Der frühere § 66 hatte bei grundloser Kündigung des Verlöbnisses auf die Anrufung des Pfarrers verwiesen und diesen zum Sühnbeamten bezeichnet. So auch noch die CPO. vom Jahre 1866 §§ 304 – 306. Durch das Prozeßgesetz vom 2. Dez. 1874 § 1198 lit. i sind dagegen diese Klagen vor den Friedensrichter verwiesen worden. (Vgl. § 578. 3.)

2. Aufgelöst. Es gilt das nur von einer Auflösung des Verhältnisses bei Lebzeiten der Ehegatten, nicht wenn dieselbe durch den Tod eines Verlobten geschieht. (Vgl. §§ 582 und 898.)

3. Die Auflösung kann ausdrücklich oder stillschweigend sein, aus konkludenten Handlungen hervorgehn, z. B. heimlicher Entfernung, Fernbleiben ohne Angabe eines Grundes, zweite Verlobung. Der Wiederaustausch der Verlobungsringe ist zwar in der Regel, nicht aber immer ein Beweis der Aufhebung des Verlöbnisses. (Z. XXIII 447 Erw. 5. Vgl. B. VIII, 234.)

§ 581.

[68.] Ist das Verlöbniß von dem einen Verlobten ohne genügenden Grund aufgelöst worden, so ist der andere berechtigt, die empfangenen Geschenke zurück zu behalten und für den erlittenen Schaden Ersatz zu fordern, welcher durch richterliches Ermessen zu bestimmen ist. Ueberdies kann er eine Genugthuung begehren, welche je nach den Vermögens- und Lebensverhältnissen der Verlobten und der Größe der Unbill durch richterliches Ermessen anzuschlagen ist.

1. Das Matrimonialgesetz § 30 führte die einzelnen Gründe an, welche in Betracht kommen. Mit Absicht ist schon bei der Redaktion von 1854 jede derartige Aufzählung, die doch immer unvollständig ist, weggelassen worden. Nach vernünftigem Ermessen sollen die Umstände des einzelnen Falles erwogen und demgemäß entschieden werden, ob genügende Gründe den Rücktritt rechtfertigen, insbesondere ob der klagende Theil die Veranlassung zu der Aufkündigung des beklagten Theiles gegeben habe. In den gewöhnlichen Fällen, wo diese Frage verneint werden muß, treten nur zwei Wirkungen der Klage ein: 1. daß der Kläger die empfangenen Geschenke behalten darf, 2. daß er für den erlittenen Schaden Ersatz bekommt. Dieser Schaden ist im Allgemeinen nachzuweisen, aber durch richterliches Ermessen zu taxiren.

2. Der Verlobte, welchem das Verlöbniß gekündet wird, ist leicht geneigt, in dem Rücktritt des Andern eine Unbill zu finden, weil ihm derselbe wehe thut. Eine Gemüthsbewegung ist jedoch in derlei Fällen nicht zu verhüten und daher begründet nicht schon jede Kündigung einen Anspruch auf Genugthuung. (Z. II, 327 Nro. 7; VIII, 17 u. ff. Nro. 5 u. 6.) Wenn aber eine solche aus den Umständen sich ergibt, (Z. XXII, 20 Nro. 3) so ist außer den oben unter 1 erwähnten Ansprüchen auch ein solcher auf Genugthuung begründet. Dafür bedarf es keines Nachweises ökonomischer Schädigung. Wer seine Braut mit rücksichtsloser Rohheit ohne Grund verstößt oder leichtsinnig verläßt, nachdem er sie bethört hat, kränkt die Persönlichkeit und die Ruhe derselben so tief, daß er, auch wenn nicht eine äußere Vermögensschädigung vorliegt, mit Recht zu einer erheblichen Genugthuung angehalten wird, durch welche wenigstens einigermaßen der verübte Frevel gesühnt werden kann. Die Genugthuung in Geld ist freilich immer unvollkommen, da die Verletzung der Persönlichkeit keinen Geldwerth hat. Aber besser ist doch eine Genugthuung in Geld als keine, und überdem dient sie dazu, auch den schwer nachzuweisenden Schaden an der ökonomischen und socialen Lebensstellung auf mittelbare Weise gut zu machen.

3. Der Anfang des Paragraphen ist lediglich redaktionell verbessert worden. Dagegen bestimmte das frühere Gesetz mit Bezug auf die Genugthuungsklage, daß sie nur eintrete, wenn eine erhebliche Unbill vorliege, daß die Genugthuungssumme auf 50—5000 Fr., nur in besondern Fällen bis auf 20,000 Fr. anzusetzen sei. Erst die Redaktionskommission hat dies beseitigt; aber gewiß hat sie es mit Recht gethan. Daß für die Klage eine erhebliche Unbill vorliegen muß, versteht sich von selbst; und was die Summe betrifft, so ist, namentlich in Anbetracht der Art. 50 u. ff. des schweiz. ORs. das freieste Ermessen des Richters gewiß hier mehr als irgendwo sonst am Platze, und kann unter Umständen auch eine Summe von Fr. 20,000 viel zu

niedrig erscheinen, wie auch in andern Ländern aus diesem Rechtstitel hin und wieder weit höhere Summen einer Klägerin zugesprochen werden.

4. Bei Verlöbnißbruch kann zwar eine Forderung wegen erlittener Unbill auch auf Art. 55 des OR. gestützt werden; allein es muß dafür ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse durch unerlaubte Handlungen vorliegen; die bloße Aufhebung eines Verlöbnisses an sich ist aber, auch wenn sie ohne Grund geschieht, keine unerlaubte Handlung, und es kann daher bei den meisten dieser Klagen doch nicht OR. Art. 55, sondern nur dieser Paragraph zur Anwendung kommen. (OG. 1885 Nro. 58.)

§ 582.

[69]. Die Forderung auf Rückgabe der Geschenke sowohl als auf Entschädigung und Genugthuung erlöscht, wenn der Verlobte, welcher dieselbe zu stellen berechtigt war, vor angehobener Klage stirbt, mit dem Tode desselben und verjährt innerhalb sechs Monaten seit der Auflösung des Verlöbnisses.

1. Rückgabe der Geschenke s. § 580; Entschädigung und Genugthuung s. § 581.

2. Mit dem Tode. Das ganze Verhältniß ist ein wesentlich persönliches. Die Klage erlischt daher auch mit dem Tode des Verletzten. Wollte der gekränkte Theil nicht selber klagen, so sollen auch seine Erben die Klage nicht erheben. Nur wenn er selber schon die Klage eingeleitet hat und dann vor Beendigung des Prozesses stirbt, können die Erben die Klage zu Ende führen. Die Frage, ob bei Lebzeiten des gekränkten Theiles der Vater, welcher die Vormundschaft über denselben hat, auch gegen den Willen seines Sohnes oder seiner Tochter in deren Namen zu klagen berechtigt sei, ist in dem Gesetze nicht ausdrücklich beantwortet. Die Analogie des Gesagten und die persönliche Natur des Verhältnisses berechtigt zu der Annahme, daß das nicht zulässig sei.

3. Innerhalb sechs Monaten. Eine kurze Verjährung ist bestimmt, um derlei Streitigkeiten entweder in Bälde abzuthun oder dann für immer ruhen zu lassen. Wenn der Rücktritt vom Verlöbnisse nicht förmlich erklärt wird, sondern aus andern Thatsachen gefolgert werden muß, z. B. wenn der eine Verlobte ohne Wissen des Andern sich entfernt hat, so wird im einzelnen Falle nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sein, mit welchem Zeitpunkte der Rücktritt als sicher anzunehmen sei, d. h. die Verjährungsfrist zu laufen begonnen habe. (Z. XIII, 209 Nro. 2.)

Zweites Kapitel.

Rechtliche Wirkungen der Ehe.

A. Persönliche Wirkungen.

§ 583.

[125.] Die Ehegatten sind zu ehelicher Gemeinschaft und Treue verbunden.

1. Das bisherige zweite Kapitel des Eherechts, „Von der Eingehung der Ehe" ist aufgehoben worden durch das Bundesgesetz betr. den Civilstand und die Ehe vom 24. Dez. 1874, in Kraft getreten mit dem 1. Januar 1876, Art. 25 u. ff. (Eidgen. Amtl. S. N. F. Bd. I, 506).

2. Zu ehelicher Gemeinschaft. Die eheliche Gemeinschaft umfaßt:

a. Die leibliche Gemeinschaft der beiden Geschlechter. Durch die Ehe wird die natürliche Geschlechtsverbindung von Mann und Frau sittlich veredelt und geheiligt. Die moralische Seite der ehelichen Pflicht ist aber wesentlicher und umfassender als die Rechtspflicht. Das bürgerliche Recht darf nicht in ein Gebiet mit Rechtsvorschriften ordnend eindringen, welches dem freien Walten der Liebe angehört. Es kann nur einige offenbar gewordene äußere Mißstände rechtlich würdigen.

b. Die übrige Lebens- und Schicksalsgemeinschaft in Glück und Unglück, Genüssen und Mühen, Jugend und Alter. Auch in ihr ist die individuell-moralische Seite weit wichtiger als die gemeinsam-juristische.

c. Die rechtliche Genossenschaft der Ehegatten, von der in den folgenden Paragraphen die Rede ist.

3. Treue. Auch die Treue hat voraus einen moralischen Grund und moralischen Werth und erst sekundär treten ihre rechtlichen Wirkungen vor. Die eheliche Untreue, auch wenn sie nicht bis zum Ehebruch gesteigert ist, kann, wenn sie in erheblicher Weise in Handlungen oder Unterlassungen sich äußert, als Verletzung des ehelichen Rechtes rechtliche Folgen haben, namentlich zu Scheidung führen, s. Zivilstandsges. Art. 46 u. 47.

4. Immerhin können die Ehegatten sich rechtsgültig über ökonomische Verhältnisse für die Zeit faktischer Trennung mit einander verständigen (B. III, 78, Nro. 40; IV, 400, Nro. 17; Z. XV, 65); dies schließt aber nicht aus, daß jeder von ihnen stets die Wiedervereinigung verlangen kann (Z. XII, 76, Nro. 12; XV, 67, Erw. 4), nur ist hiefür der ernste Wille der Versöhnung nothwendig und darf das Begehren nicht zur Unzeit, z. B. wenn eine Trennungszeit von zwei Jahren zur Aussöhnung bedungen war, nicht ohne besondern Grund vor Ablauf derselben gestellt werden. (Z. XV, 68).

§ 584.

[126.] Die Ehefrau wird durch die Trauung die Genossin ihres Mannes und erwirbt seinen Geschlechtsnamen und sein Bürgerrecht.

1. Genossin. Als solche nimmt sie Theil an der sozialen Lebensstellung (dem Stande) des Mannes, an seinem Rang (Titel) und an seinem Volks- und Landesrechte.

2. Geschlechtsnamen. In dem gemeinsamen Geschlechtsnamen zeigt sich die enge Familienverbindung. Die Frau verliert zunächst ihren angebornen Geschlechtsnamen, wie sie aus dem Hause des Vaters in das des Ehemannes übertritt, und gewinnt den Geschlechtsnamen ihres Ehemannes, zu dessen Familie sie nun gehört. Des früheren Geschlechtsnamens wird nur historisch gedacht. Der neue verbleibt der Frau auch nach dem Tode des Ehemannes und geht nur durch die Scheidung unter (§ 625.)

3. Bürgerrecht. Die Frau verliert durch die Eingehung der Ehe ihr angebornes Bürgerrecht und tritt in das des Ehemannes ein. Sie behält dasselbe auch nach der Auflösung der Ehe, sogar wenn diese durch die Scheidung geschieht (§ 625).

4. Vgl. das Civilstandsgesetz (§ 583, 1) Art. 25, Abs. 4. „Durch den Abschluß der Ehe erwirbt die Frau das Heimatrecht des Mannes; gleichlautend mit Art. 54 Abs. 4 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

5. Ist der Mann Doppelbürger, so erwirbt die Frau durch die Ehe seine beiden Bürgerrechte, es wäre denn, daß sie ausdrücklich auf das eine derselben verzichtete. (B. VI, 194; Z. XX, 149.) Mir ist fraglich, ob die Einräumung der Möglichkeit eines solchen Verzichtes gerechtfertigt sei.

§ 585.

[127.] Der Ehemann ist das Haupt der Ehe.

1. In der Genossenschaft zeigt sich zunächst die Gemeinschaft der Ehegatten in dem ehelichen Rechte; aber die Ehe ist ein organisches Verhältniß. Die Stellung des Mannes und der Frau ist daher nicht eine abstrakte Rechtsgleichheit, die am Ende zum Zwiespalt und zur Trennung führen könnte. Der Mann nimmt, obwohl die Frau seine Genossin ist und als solche geachtet werden muß, doch eine überragende Stellung ein. Er ist das Haupt der Ehe und der Familie. Aus der Verbindung dieser beiden Rechtsgedanken lassen sich eine unendliche Reihe von Folgerungen für das eheliche Recht ableiten. (Vgl. § 587).

2. Im Kantonsrathe ist Streichung dieses Paragraphen beantragt worden, weil er als theoretischer Satz selbstverständlich, praktisch aber ohne Bedeutung und oft dem Leben nicht entsprechend sei. Mit Mehrheit wurde aber die Beibehaltung beschlossen.

§ 586.

[128.] Er hat für anständigen, den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt der Frau zu sorgen und dieselbe vor Unbill zu schirmen.

1. Unterhalt. Diese Verpflichtung des Ehemanns für den Unterhalt in Wohnung, Kleidung, Nahrung u. s. f. zu sorgen, darf nicht verwechselt werden mit der Pflicht der Anverwandten zur Unterstützung im Verarmungsfall. Diese Sorge liegt auch dem Manne ob, dessen Frau viel reicher ist als er und wird durchaus nicht auf die Nothdurft beschränkt. Die ausdrückliche Hinweisung auf standesmäßigen Unterhalt (vgl. preuß. Landr. II, 1, § 185) wurde nur deßhalb vermieden, weil neben den Standesverhältnissen auch die individuellen Verhältnisse der Ehegatten Berücksichtigung verdienen.

2. Das zeitweise Austreten der Frau aus dem gemeinsamen Haushalte hebt die Verbindlichkeit des Ehemannes zur Sorge für dieselbe in der Regel nicht auf; (Z. IV, 153, Nro. 8, 166, Nro. 19; VII, 55, Nro. 8; XX, 156, Erw. 3), wohl aber, wenn die Entfernung oder das Wegbleiben der Frau ein ganz ungerechtfertigtes ist, oder wenn die der sog. arbeitenden Klasse angehörende Frau sich mittelst ihres Erwerbes durchbringen kann oder dem Ehemann den Genuß ihres Vermögens vorenthält. (B. III, 19, Nro. 34; Z. VIII, 38, Nro. 22; XXII, 25, Nro. 5.) Der Ehemann kann aber verlangen, daß die Frau zu ihm zurückkehre und das eheliche Leben mit ihm fortsetze. Ist der Mann unbekannt abwesend, und hat er Vermögen zurückgelassen, so

hat die Frau nach Maßgabe der bestehenden Verhältnisse Anspruch auf Unterhalt aus demselben. (Z. XIV, 419, Nro. 97; XVII, 161.)

3. Schirmen. Der Mann ist der natürliche Beschützer und Vertheidiger seiner Frau im Verhältniß zu Dritten und zu den Behörden, und daher auch ihr Vertreter nach außen (§ 589).

4. Für den Wohnungsmiethzins haftet nur der Mann, nicht die Frau. (M. X, 493; Z. XXIII, 92; vgl. Z. XX, 184.)

5. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann nur auf dem Civilwege, nicht durch Androhung von Ungehorsamsstrafe erzwungen werden (OG. 1861, 28; Z. XI, 270).

6. Sorgt der Mann nicht für die Frau, so kann er ihr auch nicht verwehren, ihren Aufenthalt da zu nehmen, wo sie ihr Auskommen am besten findet. (Z. V, 170).

§ 587.

[129.] Der Mann steht der Haushaltung vor und bestreitet ihre Kosten. Die Frau ist aber schuldig, ihrerseits nach ihren Verhältnissen und Kräften mitzuhelfen und mitzuwirken.

1. Der Ehemann leitet die eheliche Oekonomie und steht dem ganzen Hausstande wie der Familie als Haupt vor. In seiner Kasse fließen die Einkünfte zusammen, von ihr aus werden die erforderlichen Ausgaben bestritten. (Vgl. § 654, Abs. 2, § 602.) Das ist einer der einfachen Grundgedanken unseres ehelichen Güterrechtes.

2. Aber die Frau ist, ungeachtet die Leitung und Einheit der Oekonomie bei dem Manne ist, doch auch hier seine Genossin und daher bei der Sorge und Arbeit für dieselbe mitbetheiligt. Sie hilft dem Manne „hausen", zuweilen freilich auch „verhausen". In den arbeitenden Klassen der Bevölkerung hilft sie mitarbeiten und mitverdienen, in den höheren ist doch ihrer Wirthschaft und Pflege vieles anvertraut. (Z. XXII, 25.)

3. Dieses gilt auch, wenn die Frau Mangels einer Wohnung vom Mann getrennt lebt (Z. XIII, 217, vgl. § 586, 2, 4).

4. Kosten. Dazu gehören auch die Kosten der Bestattung (Z. VII, 176); dagegen muß, sagt das Obergericht, der Mann sie nicht übernehmen, wenn er von der Frau enterbt worden ist. (Z. XIII, 374.)

§ 588.

[130.] Die Frau hat dem Manne in seine Wohnung zu folgen; ein Zwang ist indessen nicht statthaft.

Sofern dringende, die Wohlfahrt der Frau ernstlich gefährdende Gründe es rechtfertigen, kann das Gericht der Ehefrau die Verpflichtung, dem Manne nachzufolgen, erlassen.

1. Neu sind nur die Worte „ein Zwang ist indessen nicht statthaft". Sie geben aber bloß der längst bestehenden Gerichtspraxis gesetzlichen Ausdruck. Auch ein indirekter Zwang durch Wegnahme des Bettes ist unzulässig erklärt worden (Z. XV, 63). Es kann aber böswilliges, ungerechtfertigtes Wegbleiben der Frau zur Scheidung führen.

2. Wohnung. Die Wohnung des Ehemannes ist das Domicil der Ehe und der Familie. Ohne Zustimmung des Mannes kann daher die Frau nicht anderwärts wohnen. Sie ist verpflichtet, ihm, auch wenn er seinen Wohnsitz verändert, an den neuen Wohnort zu folgen. Sein Schicksal zieht das ihrige magnetisch an und mit. (Vgl. § 593, 5.) Aber sie ist auch berechtigt, die Wohnung des Mannes mitzugenießen und zu verlangen, daß dieselbe den Verhältnissen der Familie angemessen sei. (Z. II. 28 lit. b, 102; V, 170 Nro. 8.) Auf dem Lande kommt es oft vor, daß der Sohn nach seiner Verheirathung mit Frau und Kindern in der Haushaltung der Eltern verbleibt und es kann diese Uebung nicht als etwas den Rechten der Frau Zuwiderlaufendes angesehen werden. (Z. X, 308 Nro. 4; XII, 88 Erw. 2.)

3. Abs. 2. Die angeführte Regel ist keine absolute. Wenn die Frau ausnahmsweise „dringende, ihre Wohlfahrt ernstlich gefährdende Gründe" anführen kann, welche sie daran hindern, beim Manne zu verbleiben oder ihm zu folgen, so kann sie gegen denselben den Schutz des Gerichtes anrufen und von diesem ermächtigt werden, sich einstweilen (Z. VII, 56 Nro. 9; VIII, 28 Nro. 15) an einem andern Orte aufzuhalten. Es wird ein solcher Zwiespalt freilich oft die Einleitung zu einer Ehescheidung sein, aber nicht immer. Derartige Gründe sind z. B., wenn der Mann die Frau mißhandelt oder gefährlich bedroht (Z. XII, 73 Nro. 11; XX, 153 Nro. 9), wenn der Mann sich einem Vagabundenleben hingibt, auch unter Umständen, wenn der Mann in entlegene Länder reist, in denen die Frau fern von ihren Verwandten und Freunden ihm schutzlos preisgegeben zu sein fürchten muß (Z. II, 25 Erw. 3) u. dgl.

4. In der Expertenkommission ist die Frage aufgeworfen worden, ob Absatz 2 Angesichts des eidgen. Civilstandsgesetzes noch zulässig sei; durch die Ertheilung der Bewilligung des Getrenntlebens werde im Grunde eine Temporalscheidung ausgesprochen, und Art. 44 des citirten Gesetzes gestatte eine solche erst nach Anhörung der Scheidungsklage. Hierauf wurde erwiedert, das eidgenössische Recht handle nur von der Eingehung und der Scheidung der Ehe, nicht von dem, was zwischen diesen beiden Endpunkten liege, das sei dem kantonalen Rechte überlassen; es gebe Fälle, in denen die Ehegatten im Interesse der Kinder keine Scheidung wollen, während ein Getrenntleben zum Schutze der Frau angezeigt sei; diese würde aber, wenn der Ehemann zum Getrenntleben nicht einwillige, ohne richterliche Dazwischenkunft keine Ausweisschriften erhalten, und ohne solche würde ihr das Getrenntleben oft nicht möglich sein.

5. Die freiwillige Vereinbarung der Ehegatten zum Zwecke einer faktischen Trennung steht dem Rechte des einen oder andern, auf Wiedervereinigung zu dringen, in der Regal nicht entgegen. (Z. XII, 76 Nro. 12; XV, 65 ff. Nro. 10, Nro. 11; vgl. § 583, 4).

6. Ueber ein Gesuch um Bewilligung des Getrenntlebens ist auf summarischem Wege zu entscheiden. (Z. XX, 153.)

B. Vermögensrechtliche Wirkungen.

§ 589.

[138.] Der Ehemann ist von Rechtes wegen der eheliche **Vormund** der Frau. Er verwaltet ihr Vermögen und vertritt dieselbe nach außen.

1. Die eheliche Vormundschaft ist die juristische Ausprägung des Gedankens, daß der Ehemann das Haupt der Ehe sei (§ 585), angewendet auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse. Es folgt daraus, daß die Frau als berechtigtes, aber der Leitung, dem Schutze und der Vertretung des Mannes untergeordnetes Vermögenssubjekt anerkannt werde. Die eheliche Vormundschaft beginnt sofort mit der Ehe und endigt in der Regel nur mit deren Auflösung.

2. Die Verwaltung des Vermögens der Ehefrau ist nicht nur ein Recht des Ehemannes, sondern auch eine Pflicht desselben, für deren Versäumung er der Frau verantwortlich ist (§ 609). Dieselbe erstreckt sich auf das ganze Vermögen der Ehefrau, sei dasselbe von ihr in die Ehe gebracht worden, oder ihr während derselben angefallen, mit einziger Ausnahme des vorbehaltenen Sondergutes (§ 597). Immerhin muß der Mann, um für ein Aktivum des Weibergutes verantwortlich zu sein, Kenntniß von dessen Existenz gehabt haben. (Z. XX, 158.) Hat aber die Frau vor ihrer Verheirathung rechtsverbindlich auf den Besitz und die Verwaltung ihres Vermögens Verzicht geleistet, so muß sich dies der Ehemann gefallen lassen, wenigstens für so lange, als die Voraussetzungen fortdauern, unter welchen jener Verzicht ausgesprochen worden ist. (Z. VII, 42; XI, 92; XIV, 135.)

3. Vor dem privatr. GB. bestanden im Kanton Zürich eine Menge sehr verschiedener örtlicher Statute und Gewohnheiten betreffend das Güterrecht der Ehegatten. Sie sind sämmtlich durch das Einführungsgesetz zum Personen- und Familienrecht vom 28. Dez. 1853 § 1 lit. g aufgehoben worden. An ihre Stelle hat das privatr. GB. das System der Güterverbindung gesetzt: die Vermögen der beiden Ehegatten bleiben getrennt, stehen aber unter der einheitlichen Verwaltung und Nutznießung des Mannes. Dieses System hält die Mitte zwischen dem römischen Dotalsystem mit — abgesehen von Verträgen — getrennter Existenz, Verwaltung und Nutznießung der beiden Vermögen, und der in Frankreich präsumirten und in verschiedenen Kantonen, z. B. Thurgau herrschenden Gütergemeinschaft. Durch den Art. 35 des schweiz. OR. und § 622 privatr. GB. hat nun aber wieder eine große Annäherung an das römische Dotalsystem stattgefunden.

4. Ueber den Beweis des Einbringens von Weibergut vergl. B. X, 464, 469; Z. XVI, 205; XXII, 36. Es genügt dazu die Anerkennung eines Postens im waisenamtlichen Inventar über das Vermögen der Braut von Seite der Vormundschaftsbehörden nicht. (Z. XXII, 35.)

§ 590.

[139.] Er ist befugt auch ohne die Zustimmung seiner Frau das ihr zustehende bewegliche Gut gültig zu veräußern oder zu verpfänden.

1. Die Aenderung dieses Paragraphen ist bloß redaktionell: an Stelle der Ausdrücke „fahrende Habe“ und „Forderungen“ ist der Ausdruck „bewegliches Gut“ gesetzt worden gemäß der neuen Fassung des § 58 Abs. 1.

2. Bewegliches Gut. Wenn der Ehemann bewegliche Sachen, die der Frau eigenthümlich zugehören, veräußert oder verpfändet, wenn auch wider Willen derselben, so trägt er das Eigenthum auf den Erwerber über, und begründet ein Pfandrecht, wie wenn er über seine eigenen Sachen verfügt hätte, selbst wenn er die Frau böswillig

verlassen hat (Z. X, 310 Nro. 5) oder wenn es sich um eine Vindikation für die Frau gegenüber einer beim Manne vorgenommenen Pfändung handelt. (OG. 1874 Nro. 16.) Dabei ist aber vorausgesetzt, daß nicht der § 594 gegen ihn Anwendung finde; denn in diesem Falle darf er der Ehefrau die im Besitze derselben befindliche Fahrhabe nicht eigenmächtig entziehen (Z. II, 241). Das gilt auch von Schuldbriefen und Gülten, die der Frau gehören. Die Weibergutsforderung selbst aber ist nicht veräußerlich. (OG. 1879 Nro. 45.)

§ 591.

[140.] Liegenschaften, welche der Frau zugehören, darf der Ehemann nur mit ihrer Zustimmung veräußern oder verpfänden.

1. Liegenschaften s. §§ 48 u. ff. Dazu sind hier auch die Realrechte des § 326 zu zählen. Im Grundbuch ist die Frau als Eigenthümerin eingetragen, nicht der Mann, und daher ist es konsequent, daß Veränderungen nur mit ihrem Vorwissen und mit ihrer Zustimmung vorgenommen werden dürfen, da sie an sich durchaus nicht handlungsunfähig, sondern nur um der Ehe willen in der eigenen freien Verfügung beschränkt ist. Eben jene Form der Fertigung gibt die Veranlassung, das Recht der Frau auf die Substanz dieser Bestandtheile ihres Vermögens zu schützen. Gegen ihren Willen kann der Mann keinerlei Dispositionen über ihr Grundeigenthum treffen; er kann auch weder durch Auskaufsvertrag (§ 1078), noch in anderer Weise das Miteigenthum derselben an Grundstücken aufgeben, die sie mit Dritten gemein hat (Z. VI, 310; VII, 180 Nro. 107; X, 391 Nro. 65) noch das Grundstück der Frau mit einer Servitut belasten. (Z. VII, 58 Nro. 10). In welcher Form aber die Frau ihre Einwilligung ausspreche, ist gleichgültig; sie kann auch bloß mündlich oder durch schlüssige Handlungen ertheilt werden. (Z. XVIII, 147 Nro. 79.)

2. Nach dem alten zürcherischen Rechte konnte der Mann die Liegenschaften der Frau zwar verkaufen, aber nicht verpfänden ohne Zustimmung der Verwandten der Frau; die Verpfändung schien gefährlicher als die Veräußerung, weil sie eher heimlich geschehen kann. (M. V, 358; B. III, 14.)

3. Wenn auch die Frau wegen des über den Mann ergangenen Konkurses unter Vormundschaft steht, so ist zur Veräußerung ihrer Liegenschaften doch ihre persönliche Zustimmung erforderlich. (OG. 1875 p. 347.)

§ 592.

[141]. Zur Vornahme folgender Rechtsgeschäfte bedarf der Ehemann der Zustimmung der Ehefrau und eines zu diesem Behufe bestellten außerordentlichen Vormundes (§ 601):

a. zur Veräußerung eines der Frau zustehenden Erbrechtes, vorbehalten die Bestimmungen der §§ 1054 und 1078;

b. zur Veräußerung oder Verpfändung verfangenen Gutes der Frau;

c. zur Veräußerung, Verpfändung oder Veränderung eines Weibergutsversicherungsbriefes.

1. In diesem Paragraphen sind folgende Aenderungen vorgenommen worden:
   a. Die Anführung der generellen Pfandverschreibungen wurde gestrichen, weil dieses Rechtsinstitut selbst im neuen Gesetzbuche beseitigt ist, s. § 403, 1.
   b. Beim Erbrechte in lit. a wurden die §§ 1054 und 1078 vorbehalten, durch welche schon bisdahin der alte § 141 theilweise aufgehoben worden war.
   c. Beim Erbrechte ist von Verpfändung nicht mehr die Rede, weil es nicht mehr Gegenstand eines Pfandrechtes sein kann § 1088.

2. In der kantonsräthlichen Kommission wurde gesagt, daß ein außerordentlicher Vormund auch beim Verkauf von Liegenschaften der Frau sollte zugezogen werden müssen; man fand aber, daß in der Bevormundung der Ehegatten nicht weiter als bisher gegangen werden solle. Auf der andern Seite wurde der Antrag gestellt, die außerordentliche Vormundschaft ganz fallen zu lassen; sie sei eine bloße Formalität, die den Schutz, den man sich von ihr versprochen habe, nicht gewähre; die Ehegatten schlagen zum Vormunde Jemanden vor, von dem sie wissen, daß er mit dem Rechtsgeschäfte einverstanden sei, und die Genehmigung des Geschäftes werde nie verweigert. Rathsschreiber Hürlimann versicherte jedoch, daß wenigstens im Bezirke Hinweil schon mehrmals Anträge von außerordentlichen Vormündern abgelehnt und dann an Stelle dieser andere Vormünder bestellt worden seien. Vgl. dazu auch die Instruktion des Obergerichtes, OG. 1855 p. 203. So blieb es beim Alten.

3. In §§ 590 und 591 war von Dispositionen über einzelne Sachen, die der Frau gehören, die Rede, in § 592 handelt es sich um eine Veräußerung einer ganzen Vermögensmasse der Frau oder eine Quote derselben, und da ist es gerechtfertigt, daß der Ehemann nicht eben so einseitig und willkürlich verfügen dürfe wie in jenen Fällen, indem eine derartige Disposition nicht mehr zu der regelmäßigen Vermögensverwaltung gehört, sondern die ganze ökonomische Existenz der Frau in Frage stellt, weßhalb sie hier noch eines von dem Manne unabhängigen Schutzes bedarf.

4. Erbrecht. Das Gesetz spricht nur von Erbrecht, nicht von Erbschaft, außer wenn diese als verfangenes Gut angesehen werden kann. Da diese Bestimmung eine Ausnahme bildet von der in den §§ 590 ff. enthaltenen Regel, so hat die Gerichtspraxis sie nur auf erst künftig anfallende Erbschaften angewendet, also nicht auf die Ausschlagung der Erbschaft (§ 930) noch auf den Fall des § 1085 (B. XVIII, 453). Bluntschli ist der Ansicht, daß sie auch keine Anwendung finde auf den Erbverzicht, auch dieser scheint mir doch die Veräußerung eines Erbrechtes zu sein. Die Veräußerung einer angefallenen Erbschaft an einen Miterben fällt m. E. unter § 1078, wenn sie entgeltlich geschieht; wenn nicht, so ist sie ein Erbverzicht. Dagegen ist dann jedenfalls ein Vormund nicht nothwendig, wenn die Frau den angetragenen Erbtheil bereits erworben hat und es sich nun um die Uebertragung seines Inhaltes an irgend welchen Dritten handelt.

5. Verfangenes Gut d. h. Vermögen, welches in der Nutznießung einer dritten Person, z. B. der Mutter der Frau steht und daher von ihr zu verwalten ist s. § 280; oder an welchem sonst durch Gesetz oder Vertrag Innehabung und Dispositionsbefugniß den Ehegatten entzogen ist. (Z. XVI, 110 Erw. 4; XXIII, 71.) Hier ist die Gefahr am größten, daß etwa um eines gegenwärtigen kleinen Gewinnes willen wichtige Vermögensrechte, die in Zukunft erst zu realer Nutzung kommen, verschleudert werden.

6. Weibergutsversicherungsbriefes. Vgl. § 604. Es entspricht das dem Gesetz über die Weibergutsversicherungen vom 13. Dez. 1810 (alte Off. S. Bd. IV, 387). Durch denselben wird der Frau ein Pfandrecht bestellt auf Liegenschaften des Ehemannes behufs Sicherung ihres demselben zugebrachten Vermögens oder eines Theiles desselben. Soll dieser Zweck erreicht werden, so muß die Frau gegen willkürliche Verfügungen des Mannes über den Versicherungsbrief geschützt sein. Vermöge des Einflusses, welchen der Ehemann über die Frau hat, genügt daher die Zustimmung der letztern zu einer derartigen Maßnahme des Ehemannes nicht, sondern es haben die Vormundschaftsbehörden und ein außerordentlicher Vormund zu prüfen, ob durch dieselbe das Vermögen der Ehefrau gefährdet werde. (Z. XIV, 420 Nro. 98.) Diese singuläre Rechtsbestimmung gilt jedoch nur für so lange, als der Ehemann selbst Schuldner verbleibt und tritt außer Wirkung, sobald derselbe die zu Gunsten der Frau verpfändeten Liegenschaften an einen Dritten verkauft und diesem die Schuld überbindet. In diesem Falle erlangt der Versicherungsbrief die Natur eines gewöhnlichen Schuldbriefes und kann, gleich wie andere der Ehefrau zugehörende Schuldbriefe, von dem Schuldner an den Ehemann abbezahlt und von diesem an jenen behufs Löschung im Grundprotokoll aushingegeben werden. (B. II, 98 Nro. 13; Z. VIII, 35 Nro. 19.) Diese Praxis ist mir freilich immer als für die Frau gefährlich und kaum im Sinne des Gesetzes liegend erschienen.

7. Die Ehefrau bedarf nach einem Entscheide des Obergerichtes zum Verzichte auf eine ihr zur Sicherstellung ihres Weibergutes gegebene Bürgschaft eines außerordentlichen Vormundes nicht. (Z. XXIII, 73.)

§ 593.

[142]. Der Ehemann hat das Recht, das Vermögen seiner Frau zu gebrauchen und zu genießen. Die Zinse und übrigen Früchte desselben und was die Frau durch ihre Arbeit erwirbt, gehören ihm. Vorbehalten bleibt § 622.

1. Das Recht des ehelichen Nießbrauchs erstreckt sich auf das ganze Vermögen der Frau, mit Ausnahme des Sonder- oder Spargutes. (Vgl. § 597.) Der Mann bezieht die Zinse ihrer Kapitalien während der Ehe, und die Früchte ihrer Grundstücke gehen mit der Separation schon in sein Eigenthum über. Nur das Kapital bleibt der Frau gesichert nach dem Rechtssprüchwort: „Weibergut darf weder wachsen noch schwynen" (Stadt- und Landr. Th. X, § 18 p. 144.) Stirbt der Ehemann, so fallen die bis dahin erlaufenen noch ausstehenden Zinse den Erben des Mannes zu. (Z. II, 304 Erw. 1.)

2. Der Ehemann darf aber das Weibergut nur mit Beachtung der auf demselben haftenden Beschwerden gebrauchen und genießen. (M. III, 418 Erw. 3; Z. II, 303.) Er muß die Passiven, die auf den dazu gehörenden Liegenschaften versichert sind, ebenso zahlen, wie er die Aktivzinse und die Früchte gewinnt. Geräth die Frau mit einem verschuldeten Heimwesen in Konkurs, so können die grundversicherten Gläubiger auch auf das zu dem Gute verpfändete Heu und Stroh (§§ 52 und 352) greifen und der Ehemann muß mit seinem auf § 593 gestützten Anspruch zurücktreten. Wird von einer in zweiter Ehe lebenden Frau (mit Zustimmung ihres Ehemannes) ein Auskauf über

die ihr in Folge Ehe- und Erbrechtes an einem Theile der Verlassenschaft des ersten Mannes zustehenden Nutznießung verabredet, so daß sie für ihre Nutznießungsrechte mit einer Kapitalsumme abgefunden wird, so wird das Loskaufskapital ihr Eigenthum und der Ehemann hat nicht mehr, als die Zinse davon zu genießen, obgleich die der Frau zugestandene Nutznießung, so lange dieselbe gedauert hat, ihm im vollen Umfange zugefallen ist.

3. Durch ihre Arbeit. Der Ertrag, welcher durch die gemeinschaftliche Thätigkeit des Mannes und der Frau erzeugt wird, fließt in die Kasse für den gemeinsamen Haushalt und gehört dem Ehemann, dem die Sorge für die Familie obliegt (§ 587). Dazu wird auch dasjenige gerechnet, was die Frau durch besondere Glücksfälle, wie z. B. durch Lotteriespiel erworben hat, ausgenommen, sie habe mit ihrem Sondervermögen in der Lotterie gespielt oder der Ehemann habe, auch wenn die Einlage aus seiner Kasse gemacht worden ist, freiwillig den Gewinn der Frau überlassen. (B. X, 465 Erw. 9.)

4. Vorbehalten § 622. Dieser Vorbehalt ist neu; er ist nothwendig geworden durch die Erweiterung der Selbständigkeit der Handels- und der Gewerbsfrau, s. § 622, 1.

5. Das Nutznießungsrecht besteht auch während des Getrenntlebens fort und erleidet durch dasselbe nur insofern eine Modifikation, als die von der Frau zugebrachte Fahrhabe dem Manne entbehrlich ist oder das Bedürfniß eines standesgemäßen Getrenntlebens auf Seite der Frau die Herausgabe erforderlich macht; nur das Recht auf den Erwerb der Frau und den Ertrag ihres Vermögens, nicht aber das Recht auf Fortbenutzung ihrer Fahrhabe ist davon abhängig, daß der Mann für den Unterhalt der Frau sorgt (OG. 1879 Nro. 16; 1880 Nro. 15; 1885 Nro. 16.) Wenn aber die Frau ohne genügenden Grund sich vom Manne entfernt hat und von ihm fern bleibt, so ist sie nicht berechtigt, von ihm Herausgabe des zur Führung eines besonderen Haushaltes erforderlichen Gegenstände zu begehren; dagegen sind ihr die Kleider zu verabfolgen, da an solchen ein ehelicher Nießbrauch nicht denkbar ist. (OG. 1886 Nro. 2.)

§ 594.

[143.] Das Recht des Mannes auf den Erwerb der Frau und den Ertrag ihres Vermögens ist an die Voraussetzung geknüpft, daß derselbe für den Unterhalt der Frau und Kinder und ihre laufenden Verpflichtungen gehörig sorge.

Wenn der Mann seine Pflichten als ehelicher Vormund dauernd nicht erfüllt, so kann ihm auf Bericht und Antrag des Waisenamtes, welches ihn vorher persönlich einzuvernehmen und überhaupt die Verhältnisse des Falles umfassend zu prüfen hat, durch den Bezirksrath die eheliche Vormundschaft entzogen werden. In diesem Falle wird die Frau sammt ihrem Vermögen unter obrigkeitliche Vormundschaft gestellt.

1. Der eheliche Nießbrauch ist keineswegs ein einseitig zum Nutzen des Ehemannes diesem verliehenes Recht an fremdem Vermögen, sondern nur das natürliche Ergebniß der gemeinsamen ehelichen Wirthschaft, die in dem Manne ihr Haupt erkennt. Ihm gehört die Haushaltungskasse, durch welche die Einkünfte und Ausgaben ver-

mittelt werden. Die Verpflichtung des Mannes, für Frau und Kinder und für die laufenden Ausgaben, die auf ihrem Vermögen haften, zu sorgen, ist daher die Voraussetzung und die Ergänzung seiner Berechtigung. Beide gehören zusammen. Kosten und Bußen aber, welche während des Bestehens der Ehe der Ehefrau in einem Strafprozeß auferlegt und vom Manne bezahlt worden sind, sind vom Weibergut abzurechnen. (B. XVII, 11 Nro. 12.)

2. Hat der Ehemann während des Bestehens der Ehe den Bezug und die Verwendung der Zinse von dem Weibergute der Frau überlassen, so kann er, wenn später die Ehe durch Scheidung aufgelöst wird, Ersatz des Betrages nur insoweit fordern, als entweder ihm das Vermögen verheimlicht worden ist, oder durch dessen Ertrag nicht bloß die Bedürfnisse der Frau befriedigt werden konnten, sondern letztere ihr Kapital hat vermehren können. (Z. XVI, 201 Nro. 5; XXII, 26 Nro. 6.)

3. Da der Mann die Zinsen von Weibergutskapitalien nur dann beanspruchen kann, wenn er bis zum Momente der Fälligkeit die hier erwähnten Verpflichtungen erfüllt hat und auch kein Grund vorhanden ist zu der Befürchtung, daß sie schon in nächster Zeit unerfüllt bleiben werden, so können jene Zinsen nicht vor ihrer Fälligkeit für eine Schuld des Mannes gepfändet werden. (OG. 1875 Nro. 14.)

4. Das Bedenken, daß diese Bestimmung ihrem Wortlaute nach auch auf solche Fälle ausgedehnt werden könne, in denen der Mann unverschuldet außer Stande sei, für seine Frau und Kinder zu sorgen, und daß es dann zu hart wäre, wenn er seinen ehelichen Nießbrauch einbüßen müßte, wurde durch die Bemerkung beseitigt, es liege in dem Gesetze keine formelle Androhung, sondern es werde nur die natürliche Voraussetzung des Zusammenhangs von Recht und Pflicht ausgesprochen. Dem Richter bleibe daher überlassen, im einzelnen Falle das Angemessene zu verfügen, wenn es überhaupt bis zum Prozesse kommen sollte. Gegen die Vernachlässigung der Pflicht des Ehemannes und den Mißbrauch seiner Rechte am Weibergut könne die Frau nöthigenfalls den Schutz der Gerichte anrufen, Unglück aber müsse sie ihm tragen helfen.

5. Der Mann hat den Miethzins für die von ihm getrennt lebende Ehefrau nicht zu zahlen, wenn sie ihm ihren Erwerb nicht zukommen läßt. (Z. XXII, 25.)

6. Es wurde in der Expertenkommission gesagt, daß ein Dritter, der mit dem Ehemann in Verkehr trete, nicht zu beurtheilen in der Lage sei, ob der Mann die Verpflichtungen des § 594 erfülle oder nicht, und daher leicht in Gefahr komme, im letzteren Falle zu erfahren, daß ihm der Ertrag des Weibergutes nicht hafte; es sollte zu einer solchen Abweichung von der Regel stets ein Gerichtsbeschluß nothwendig sein. Hiegegen wurde aber eingewendet, daß dann hinwieder die Frau zu stark gefährdet sein würde. (Vgl. Z. XXII, 27 Erw. 2.)

7. Abs. 2 ist von der Redaktionskommission neu hinzugefügt worden, enthält aber nur eine genauere Normirung dessen, was schon im alten § 318 lit. a (jetzt § 732 lit. a) bestimmt war. Der Ehemann kann einem diesfälligen Beschlusse gegenüber die Gerichte anrufen s. § 595.

§ 595.

[neu.] Bestreitet der Ehemann, daß Grund zur Entziehung der Vormundschaft vorliege, so hat er dies innerhalb sechs Wochen von der Mit-

theilung des Beschlusses an dem Bezirksrathe schriftlich zu erklären, und es hat alsdann der letztere nach Maßgabe des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege einen gerichtlichen Entscheid herbeizuführen.

In der Zwischenzeit bleibt die obrigkeitliche Vormundschaft über die Frau bestehen.

1. Dieser Paragraph und der folgende enthalten eine von der Redaktionskommission vorgenommene genauere Normirung dessen, was früher durch § 162 lit. c bestimmt war.

2. Gesetz betr. die zürch. Rechtspflege §§ 536 ff.

3. Der letztere. Der Bezirksrath hat als Kläger aufzutreten und unmittelbar die Weisung an das Bezirksgericht zu senden.

§ 596.

[neu.] Der Entzug der ehelichen Vormundschaft und Nutznießung ist amtlich zu publiziren.

1. Vgl. § 595, 1; Gesetz betr. die Rechtspfl. § 541. Der Paragraph gilt nicht nur für den Fall gerichtlicher Anhängigmachung der Sache.

§ 597.

[144.] Ausgenommen von der ehelichen Vormundschaft und Nutznießung des Ehemannes ist das ausdrücklich oder übungsgemäß vorbehaltene Sondergut, Spargut der Frau und was dieser von Seite des Mannes etwa an Spiel- und Nadelgeld ausgesetzt ist. Auch die Gaben, welche der Ehefrau zu ihrer ausschließlichen Verfügung zugekommen sind, gehören zum Spargut.

Soweit dieses reicht, handelt und verfügt die Frau unabhängig von dem Manne.

1. Sondergut. Es ist möglich, daß die Frau in dem Ehevertrage sich einen Theil ihres Vermögens als Sondergut zu eigener Verwaltung und Disposition vorbehalten hat, so daß dasselbe nicht wie das regelmäßige Weibergut zu der gemeinsamen ehelichen Wirthschaft gehört, folglich dem Manne daran kein Recht der Verwaltung oder des Nießbrauchs zusteht. Auch während der Ehe kann durch Vertrag ein solches Sondergut ausgeschieden werden. Das so ausdrücklich vorbehaltene Sondergut kommt aber im Leben selten vor, indem die eheliche Gemeinschaft gewöhnlich die Güter beider Ehegatten verbindet.

2. Spargut. Der Begriff des Spargutes ist enger als der des Sondergutes. Dieses kann auch aus Liegenschaften bestehen, jenes bezieht sich nur auf fahrende Habe. Das Spargut ist ein übungsgemäß nicht ausdrücklich vorbehaltenes Sondergut. Die Sitte hat dazu geführt, daß schon für die Kinder, die noch in der Haushaltung des Vaters leben, ein Spargut, der sogenannte Sparhafen, angelegt wird, wohin vorzüglich die Pathen- und ähnliche bei Familienanlässen von den Verwandten oder

Freunden der Kinder gegebene Geschenke fließen. Dasselbe wird unterschieden von anderem Kapitalvermögen der Kinder, welches sie etwa durch Erbfolge erworben haben und worauf der Nießbrauch des Vaters sich erstreckt. Dieses Spargut bringt die Tochter als Ehefrau nicht in die Ehe, sondern behält dasselbe zu eigener Disposition vor. Es versteht sich dasselbe ohne besondere Verabredung. Es kann während der Ehe auch durch Gaben des Mannes oder durch Geschenke Dritter bei Familienanlässen, z. B. Geburtstagen, Kindstaufen u. dgl. wohl vermehrt werden. Gibt der Mann seiner Frau zu freier Verfügung in ihrem individuellen Interesse Gelder, oder legt er auf ihren Namen in einer Sparkasse Gelder an, so erweitert er dadurch ihr Spargut, in letzterem Falle jedoch nur, sofern er das Sparheft in ihre Hand legt und dadurch seinen Willen, ihr diese Zuwendung zu machen, unzweideutig kund gibt. (Z. XI, 264 Erw. 4 u. 5; XV, 69, Nro. 12.; handelsrechtl. Entsch. II, 412; VI, 94.)

Von dem vorhin berührten Spargute sind jedoch zu unterscheiden Ersparnisse, welche eine Tochter in ledigem Stande durch Arbeit und Fleiß gesammelt hal (vgl. §§ 669 u. 670.) Diese bringt sie bei ihrer Verheirathung in der Regel in die Ehe und sie werden in Folge dessen als zugebrachtes Gut angesehen und behandelt. (B. X, 39 Nro. 10; Z. II, 335, Nro. 17; IV, 154, Nro. 9; XX, 142 u. 159, Nro. 12; XXII, 26, Nro. 6.)

3. Verfügt die Frau unabhängig von dem Manne. Sie kann dem Manne die Verwaltung des Spargutes überlassen, und das geschieht, wo dasselbe in Kapitalien besteht, häufig. Der Mann ist dann aber lediglich als ihr beauftragter Verwalter zu betrachten, und sie ist weder gehindert, selbst über ihr Spargut zu verfügen, noch dem Manne willkürlich diese Verwaltung zu entziehen. Das Verhältniß ist nicht das der ehelichen Vormundschaft, sondern des gewohnten Mandats. Um ein zum Spargute der Frau gehörendes Guthaben gerichtlich einzuklagen, muß der Ehemann von der Frau ausdrücklich bevollmächtigt sein. (Z. V, 359, Erw. 1.) Ueberläßt sie ihm ihr Spargut zu beliebiger Verwendung, so erwirbt sie dadurch eine einfache laufende Schuldforderung an den Ehemann, von welcher sie nach Verabredung oder bei Verzug Zinse zu fordern berechtigt ist. (B. XIV, 403, Nro. 38; XVII, 10, Nro. 11; Z. IV, 449; XX, 142.) Vgl. schweiz. OR. Art. 119.

4. Die Frau kann auch während der Ehe ihr Spargut durch Ueberlassung der Verwaltung und Nutznießung an den Mann zu Weibergut machen. (Z. XX, 142.)

§ 598.

[145.] Ohne die Zustimmung des Mannes kann die Frau, mit Vorbehalt des § 597, ihr Eigenthum oder andere Rechte nicht gültig an Andere übertragen. In den Fällen, in welchen der Mann bei seinen Verfügungen über Frauengut überdies an die Zustimmung eines außerordentlichen Vormundes gebunden ist (§ 592), ist dieselbe auch für die Verfügungen der Frau erforderlich. Vorbehalten bleibt die selbständige Prozeßführung durch die Ehefrau, wenn ihr Interesse demjenigen des Mannes widerstreitet.

1. Die Ehefrau darf mit der Zustimmung des Mannes wohl ihre beweglichen und unbeweglichen Sachen veräußern, ohne dieselbe nicht, keineswegs weil sie an sich

handlungsunfähig wäre, sondern weil dadurch die Rechte des Mannes über das Weibergut verletzt würden. Sachen, die zum Spargute gehören, kann sie frei mit voller Wirkung veräußern, selbst verschenken, wenn sie Lust hat. Ueberdem genügt nicht einmal die Zustimmung des Ehemannes, sondern es bedarf noch der obervormundschaftlichen Mitwirkung (§ 601), wenn es sich um Veräußerung oder Verpfändung des ganzen Vermögens oder einer Quote desselben im Sinne von § 592 handelt.

2. Da hienach nicht anzunehmen ist, daß ein vermißter Weibergutsversicherungsbrief, in rechtsgültiger Weise in die Hand eines Dritten gelangt sein könne, ist zu dessen Löschung ein Aufruf nicht erfordert worden. OG. 1886, Nro. 91.

3. Der Schlußsatz ist neu, entspricht aber wörtlich dem § 238 Ziff. 2 des Prozeßgesetzes vom 2. Dez. 1874.

§ 599.

[146.] Zur Eingehung persönlicher Schulden von Seite der Frau ist jederzeit die Zustimmung des Ehemannes und eines außerordentlichen Vormundes nothwendig.

Hat die Frau ohne diese Zustimmung Schulden übernommen, so haftet dafür auch ihr Spargut nicht.

1. Schon das Familienrecht von 1853 beschränkte die Befugniß der Frau, Schulden einzugehen, in ihrem Interesse mehr als das ältere Recht (Vgl. Zürich. Gerichtsbuch p. 50 Satzung 1498, p. 54 Satzung vom 4. April 1597; Stadt- und Landrecht Th. V §§ 43, 46; B. VI, 431; Z. I, 163 Nro. 4) und hob den Unterschied zwischen Intercessionen der Frau zu Gunsten des Mannes oder eines dritten eigentlichen Schuldners und eigenen selbstständig entstandenen Schulden der Frau auf. Die letzteren sind faktisch selten. Werden sie aber lediglich von der Zustimmung des Mannes abhängig gemacht und wird nur für die Intercessionen die Zustimmung eines außerordentlichen Vormundes gefordert, so läuft man Gefahr, wie die Gerichtspraxis erfahren hat, daß Geschäfte der letzteren Art sich in die Form der Geschäfte der ersten Art verstecken. Da ein Bedürfniß für die Frau, persönliche Schulden zu kontrahiren, in der Regel nicht da ist, und wenn es ausnahmsweise sich zeigt, zu ihrem Schutze vor ungebührlicher Einwirkung des Mannes auf ihren Willen die Herbeiziehung eines außerordentlichen Vormundes wünschenswerth ist, so wurde die Regel ganz allgemein gefaßt.

2. Die Frau wird überall nicht obligirt, wenn sie Schulden eingeht ohne die Zustimmung des Mannes und eines außerordentlichen Vormundes. Sie haftet also auch nicht nach der Auflösung der Ehe, noch mit dem Spargute, das ihr zu freier Disposition überlassen ist (§ 597). Sie ist nicht Schuldnerin geworden. Natürlich bleiben die Fälle einer unrechtmäßigen Bereicherung vorbehalten. Wenn demnach eine Frau für sich allein oder in Gemeinschaft mit ihrem Ehemann Liegenschaften ankauft, so hat eben, weil sie Schuldnerin resp. Mitschuldnerin des Kaufpreises wird, der Vertrag nur Wirkung und darf die notarialische Fertigung desselben nur stattfinden, wenn die Frau durch einen außerordentlichen Vormund vertreten ist. (Z. XII, 81, Nro. 15.) Dasselbe ist der Fall, wenn eine verheirathete Tochter mit ihren Eltern einen Leibdingsvertrag abschließt (Z. II, 332, Nro. 12), oder wenn eine Ehefrau mit ihren Liegenschaften Theil nimmt an einer von den Grundeigenthümern der Gemeinde, z. B. bei

Anlaß einer Schuldenbereinigung, zum Zwecke der leichtern Erlangung der erforderlichen Darleihen eingegangenen gegenseitigen Garantie für die zu errichtenden Grundversicherungen. (Z. II, 333 Nro. 13, III, 198, Erw. 3).

3. Im Rechtstriebverfahren gilt der Grundsatz, daß, wenn eine Ehefrau mit und neben dem Ehemann betrieben wird, das Rechtsbot ihr selbst angelegt werden soll, sie selbst ohne weitere Verbeiständung ihre Rechte zu wahren hat und, wenn sie dieß versäumt, Zahlung leisten muß, immerhin mit Vorbehalt der Rückforderung gemäß schweiz. OR. Art. 71. Das Gesetz geht hiebei von der Ansicht aus, die Frau werde in einem solchen Falle selber ihre Rechte zu wahren wissen und bedürfe eines weitern Schutzes nicht (Rechtstriebsges. § 26; Z. XXIII, 30 Erw. 1 u. 2). Es darf jedoch dieser Grundsatz nicht zur Umgehung des § 599 mißbraucht werden (Z. IV, 157 ff. Nro. 10 u. 11).

4. Wird von der Frau ausdrücklich mit Bezug auf ihr Spargut eine Schuld kontrahirt, z. B. indem sie ein Stück desselben verkauft oder verpfändet, so haftet sie allerdings mit diesem Gute, da sie in dieser Hinsicht ganz freie Verfügung hat.

5. Das gilt nicht für den Lebensunterhalt der getrennt lebenden Ehefrau. (OG 1875 Nro. 4.)

6. Ein ohne diese Form von der Frau geschlossener zweiseitiger Vertrag ist ein hinkendes Geschäft; d. h. die Frau ist nicht gebunden, wohl aber der Dritte; wenn aber Jene es zu ihren Gunsten bestehen lassen will, muß sie es auch zu ihren Lasten anerkennen. (OG. 1885, Nro. 61).

§ 600.

[147, 148, 207]. Um mit ihrem Ehemanne ein Rechtsgeschäft abzuschließen, durch welches die Frau an denselben Rechte abtritt oder Schuldverpflichtungen eingeht, ebenso zu Prozessen mit ihrem Manne, den Scheidungsprozeß ausgenommen, bedarf die Frau des Beirathes und der Zustimmung eines außerordentlichen Vormundes.

Vorbehalten sind die unter Ehegatten üblichen kleineren Geschenke, z. B. bei Familienanläßen und an Festen.

1. Die Ehefrau kann mit ihrem Ehemann wohl vermögensrechtliche Verträge oder andere Rechtsgeschäfte schließen, aber sie bedarf dazu eines besondern Schutzes, weil in den natürlichen Verhältnissen der Ehegatten die Gefahr liegt, daß der Mann seinen Einfluß auf die Frau in einem Falle, wo ihre Interessen den seinigen selbstständig gegenüberstehen, zu leicht mißbrauchen könnte. (Z. XII, 80, Erw. 3; XVIII, 32, Nro. 6.) Dahin gehört auch der Fall in welchem die Frau durch Hingabe eigener Vermögensobjekte zu Pfand für eine Schuld des Mannes intercedirt. (Z. XXI, 447 ff.) Im Uebrigen besteht eine allgemeine rechtliche Nothwendigkeit zu einer außerordentlichen Vertretung der Ehefrau nur, wenn aus besondern Gründen die Vormundschaft des Ehemannes nicht ausreicht (§ 732) und sie selber nicht im Stande ist, ihre Rechte zu wahren. (Z. I, 281, Nr. 177; II, 241; VI, 312, Erw. 2; X, 311, Nro. 6; XII, 83, Nro. 16; vgl. auch § 599, 3 betreffend den Scheidungsprozeß; vgl. Prozeßgesetz vom 2. Dez. 1874, § 238, Ziff. 2.) Im Scheidungsprozeß kann die Frau mit ihrem Ehemann auch Verträge über die vermögensrechtlichen Verhältnisse, über den Aufenthalt

und die Erziehung 2c. abschließen, ohne eines außerordentlichen Vormundes zu bedürfen, weil in solchen Verhältnissen der moralische Einfluß des Mannes auf die Willensbestimmung der Frau gebrochen ist. (Z. X, 365, Nro. 47; XV, 65, Nro. 10.) Das Obergericht hat diese Vertretung auch nicht verlangt für einen vor den Scheidungsprozeß, aber mit Rücksicht auf die bevorstehende Scheidung von den Ehegatten geschlossenen Vertrag (Z. XIII, 467, Erw. 7; XXIII, 74).

2. Auf familien- und erbrechtliche Verträge bezieht sich diese Bestimmung nicht. Dahin gehören z. B. Verträge über die Kindererziehung und Erbverträge. (Vgl. § 1054 ff.), ebenso zum Verzicht auf eine für ihr Weibergut geleistete Bürgschaft (Z. XXIII, 73), oder anderweitige Sicherheit (Z. XIII, 462, OG. 1885, Nro. 32; vgl. OG. 1884, Nro. 67), während dagegen früher vom Obergericht dafür ein außerordentlicher Vormund verlangt worden ist (Z. XVIII, 33, Erw. 2).

3. Bei Familienanlässen und an Festen, z. B. an Geburts- und Namenstagen, am Christabend oder auf Neujahr u. dgl. So weit eben die Sitte reicht, rechtfertigt sie auch derlei freie Gaben nicht bloß des Ehemannes an die Frau, sondern auch von dieser an jenen. (Z. XXII, 40, Nr. 14.) Erhebliche Schenkungen dagegen von Seite der Ehefrau an den Mann oder die Kinder desselben aus einer frühern Ehe fallen unter die Bestimmung des § 599. (M. VI, 66, Erw. 3; B. V, 22, Nro. 16; Z. II, 333, Nro. 15; XVII, 275.) Vgl. § 429.

§ 601.

[149.] In den Fällen, wo die Frau der Zuziehung eines außerordentlichen Vormundes bedarf, hat das Waisenamt vorerst die Natur des Geschäftes zu prüfen und insbesondere die Ansichten nicht bloß der Frau, sondern in wichtigen Fällen auch diejenigen ihrer nächsten volljährigen Anverwandten zu vernehmen und sodann Bericht und Antrag an den Bezirksrath zu stellen, welcher den außerordentlichen Vormund ernennt und mit den geeigneten Aufträgen und Vollmachten ausrüstet.

1. Durch diese Bestimmung wird die Sorge der Obervormundschaft selbst, nicht etwa nur eines freiwillig erbetenen Beistandes angeregt und gefordert. (Vgl. § 592, 2.)

2. Ihrer nächsten volljährigen Anverwandten. Es kommt dabei nicht mehr ausschließlich auf die Erbberechtigung an, sondern lediglich auf die Blutsverwandtschaft überhaupt. Es können daher unbedenklich auch die Brüder der Frau zu Rathe gezogen werden, obwohl sie minderjährige Kinder als nächste Erben hat, und wie ihr Vater auch ihre Mutter. Ueberhaupt haben die Waisenbehörden hier freie Hand, das Angemessene zu verfügen.

§ 602.

[150]. Soweit der Ehefrau die Sorge für die täglichen gewohnten Bedürfnisse der Haushaltung zusteht, ist der Mann verpflichtet, ihre

Verfügungen seinerseits anzuerkennen und die daherigen Kosten als Haushaltungskosten auf sich zu übernehmen.

1. In dem engern Kreise der häuslichen Wirthschaft waltet die Hausfrau mit einer gewissen Freiheit. Sie sorgt für die tägliche Nahrung und Kleidung gewöhnlich für die ganze Familie und schließt zu diesem Behuf mancherlei Rechtsgeschäfte ab. Sie kauft z. B· Fleisch, Brod, Gemüse u. dgl., bestellt bei dem Schneider Kleider u. s. w. Insofern handelt sie aber nicht für sich, sondern sie erscheint als Stellvertreterin ihres Mannes des Hausherrn, mit dem sie gemeinsam der ehelichen Wirthschaft vorsteht und auf dessen Kosten diese geführt wird. Sie wird daher nicht persönlich aus solchen Verträgen obligirt, sondern der Mann. (Vgl. Schweiz. OR. Art. 36.) Freilich ist auch in diesen Dingen Maß zu halten (vgl. Z. XIII, 219), nur läßt sich dasselbe nicht in einem für alle gleichen Geldmaß bestimmen, wie die ältere Zeit das wohl versucht hat. (Bluntschli, Rechtsgeschichte II, 147.) Die Frau eines reichen Kaufmannes darf unbedenklich größere Anschaffungen der Art machen, als die Frau des kleinen Krämers, oder gar des Taglöhners. Das Maß liegt in den sozialen Lebensverhältnissen und offenbart sich in der Sitte. Zu Ungewöhnlichem ist sie nicht ermächtigt; es wäre daher ein Vertrag, welcher die von der Sitte gezogenen Schranken überschritte, ungültig (Z. VII, 71, Nro. 22; XIII, 219, Nr. 9; vgl. auch Z. VIII, 27, Nro. 14, wo der § 602 auf einen unverheiratheten Mann angewendet wurde, der mit seiner Braut einen Haushalt geführt hat.)

2. Das gilt auch dann, wenn die Ehefrau sammt den Kindern getrennt vom Manne lebt. (Z. XIII, 217. Nro. 8.)

3. Der Umstand, daß der Ehemann verrechtfertigt worden und im Aktivbürgerrecht eingestellt ist, enthebt ihn der Verbindlichkeit nicht, für seine Familie zu sorgen. Wenn die Frau kein eigenes Vermögen besitzt und ihren Erwerb für die gemeinsame Haushaltung verwendet, so haftet sie mit ihrer Person für die Haushaltungsschulden ebenso wenig, als die Frau eines aufrechtstehenden Mannes. Dagegen ist sie haftbar, wenn sie ihren Erwerb oder den Ertrag ihres Vermögens für sich behält, oder wenn sie von ihrem Vormunde die Ermächtigung erhalten hat, sich persönlich zu verpflichten, oder auch ohne solche Ermächtigung, wenn der Mann keinen Verdienst hat oder denselben für sich bedarf; denn in diesem Falle ist die Verwendung eine nothwendige, für welche sie oder ihr Vormund zu sorgen verpflichtet ist. (Z. XVI, 199, Nro. 4.)

§ 603.

[152.] Sind besondere Gründe vorhanden, eine Frau ausnahmsweise in dieser ihrer Stellung als Hausfrau zu beschränken, so ist eine solche Beschränkung oder der Entzug ihrer diesfälligen Verfügungsfreiheit für dritte Personen, die mit der Frau in Verkehr treten, nur insofern verbindlich, als der Mann für eine öffentliche Kundmachung und Verwarnung gesorgt hat.

Die öffentliche Kundmachung setzt eine vorherige Prüfung der Verhältnisse durch die Vormundschaftsbehörden voraus, und ist, wenn der Bezirksrath seine Zustimmung ertheilt hat, auf Begehren des Mannes von dem Bezirksrathe amtlich zu erlassen.

1. Vor 1854 hat in solchen Fällen oft der Mann von sich aus eine warnende Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern erlassen und dadurch das Vertrauen, welches die Frau gefunden, beschränkt. Durch die Bestimmung des Gesetzes wird eine solche Beschränkung der ehelichen Stellung der Frau durch den Mann der Kontrole der Obervormundschaft unterworfen. Der Mann ist daher nicht mehr berechtigt, von sich aus die Frau in solcher Weise öffentlich gewissermaßen als unfähig des häuslichen Verkehrs zu bezeichnen, sondern nur mit Zustimmung der Obervormundschaft. (Man liest freilich etwa in den Tagesblättern von solchen Aufrufen, aber sie sind unverbindlich Z. XIII, 217.) Die Analogie der Bevormundung eines Verschwenders wirkte hierauf ein; indessen ist der Frau der gerichtliche Weg des Prozesses nicht eröffnet, indem die ganze Angelegenheit sich schon aus dem Gesichtspunkte der Vormundschaft schließlich ordnen läßt und Prozesse unter Ehegatten möglichst zu vermeiden sind. Dagegen steht ihr der Weg des Rekurses an die Justizdirektion offen nach Analogie von § 792.

§ 604.

[153.] Die Frau ist jederzeit berechtigt, von dem Manne ein von demselben unterzeichnetes und mit Hinsicht auf die Zeit der Aufnahme und die Unterschrift beglaubigtes Inventar über ihr Vermögen und überdies die Versicherung ihres Weibergutes oder eines Theiles desselben zu begehren.

1. Inventar. Die Ziehung eines Inventars über das Weibergut, welches von dem Manne unterzeichnet wird, ist in hohem Grade wünschbar, um jederzeit sicheren Aufschluß darüber zu haben, was von dem ehelichen Vermögen, das mit demjenigen des Mannes vermischt wird, als Eigenthum der Frau zu betrachten sei, und was sie an Kapitalien zugebracht habe. Die Frau kann daher jederzeit von dem Manne die Errichtung, beziehungsweise auch die Vereinigung eines solchen Inventars fordern. Die beglaubigte Datirung des Inventars sichert überdem die Frau in dem Konkurse des Mannes, außer wenn dieser kurz nachher ausbricht, gegen die Anfechtung ihrer Weibergutsansprachen und Forderung von Seite der Gläubiger.

2. Beim Mangel eines Inventars wird die Beweisführung der Frau für ihr in die Ehe gebrachtes Vermögen schwieriger sein. Zwar genügt es in der Regel, wenn sie den Beweis leistet, daß sie zur Zeit ihrer Verehelichung Vermögen in dem angegebenen Betrage besessen oder während der Ehe solches erhalten habe und daß dieß dem Ehemann bekannt gewesen sei (Z. I, 167, Nro. 9; VIII, 31. Nro. 17; IX, 229, Nro. 5; XV, 73, Nro. 14; XIX, 141, Nro. 9.), und ebenso bildet das schriftliche Schuldbekenntniß des Ehemannes gegen ihn und seine Erben genügenden Beweis für das empfangene Weibergut, wenn es nicht unter Umständen ausgestellt worden ist, welche vermuthen lassen, daß damit eine Umgehung des Erbgesetzes beabsichtigt sei. (B. III, 21, Nro. 37 u. 259, Nro. 25; ibid. 451, Nro. 1; IX, 261, Nro. 6; XIV, 389, Nro. 9.) Dagegen ist dasselbe im Konkurse des Ehemannes nicht beweiskräftig, wenn es erst kurze Zeit vorher ausgestellt worden ist. (B. I, 480, Nro. 22; IX, 47, Nro. 9; X, 137, Nro. 18 u. 469, Erw. 1; Z. I, 168, Nro. 11.) Auch hat die in einem Testamente des Ehemannes enthaltene Erklärung über die Größe des Vermögens seiner Frau nur die Bedeutung eines Indiciums, weil die Möglichkeit nahe liegt, daß damit

bloß eine Zuwendung zu Gunsten der Frau beabsichtigt sei. (Z. I, 167, Nro. 10; IV, 301, Nro. 149.)

3. Versicherung. Das durch dieses Gesetz anerkannte unbeschränkte Recht der Frau, Versicherung ihres Weibergutes zu verlangen, hat schon vor 1854 in einem Theile des Kantons (Kyburg, Wülflingen, Z. XVIII, 53, Erw. 1), gegolten, während in dem übrigen Theile, wo das Stadt- und Landrecht Geltung hatte, der Frau nur unter der Voraussetzung, daß eine Gefährdung ihrer Interessen nachgewiesen werde, eine Klage auf Sicherstellung verstattet wurde. (B. XIV, 440, Nro. 95). Die Kommission von 1853 entschied sich für jenen Grundsatz, wesentlich aus folgenden Gründen:

a. Das Recht der Frau auf Versicherung bilde das natürliche Gegengewicht des ausgedehnten Rechtes des Mannes, über das Weibergut zu verfügen, zumal das Vorzugsrecht des Weibergutes im Konkurse des Mannes nicht immer ausreiche zu ihrem Schutze (§§ 611, 1096 lit. b. und 1098 lit. e). Wenn z. B. der Ehemann in eine Handelsgesellschaft eintrete und die Kapitalien der Frau zu Handelsvermögen mache, so müsse sie als Privatgläubigerin ihres Mannes im Konkurse der Handelsgesellschaft, so weit deren Vermögen reiche, hinter die Handelsgläubiger zurücktreten, und so helfe ihr in einer der praktisch wichtigsten Anwendungen jenes Vorzugsrecht nicht (Schweiz. O.-R. Art. 566.)

b. In den natürlichen Beziehungen der Ehegatten zu einander liegen genug Hindernisse vor, welche einer chikanosen Anwendung jenes Rechtes der Frau im Wege stehen. Wenn es aber so weit komme, daß entscheidende Gründe die Frau bestimmen, Versicherung von dem Manne zu begehren, dann sei es weit besser im Interesse des ehelichen Friedens und der Sicherheit der Frau, daß diesem Begehren sofort entsprochen, als daß darüber noch ein schwieriger und gehässiger Prozeß unter den Eheleuten geführt werde.

Die Frau kann zu diesem Zwecke während der Ehe den Mann alternativ auf Sicherstellung oder Zahlung des Weibergutes rechtlich betreiben. (Z. XXIII, 354, Nro. 3.)

4. Will eine Frau das noch in ihrem Gewahrsam befindliche Vermögen nur gegen Versicherung dem Ehemann übergeben, so ist sie berechtigt, dasselbe, bis diese geleistet ist, in der Schirmlade zu hinterlegen (§ 607; Z. IX, 231 Nro. 7). Die Pflicht des Ehemannes zur Versicherung bezieht sich auch auf den zugebrachten Hausrath der Frau. (Z. I, 164. Nro. 5.) Ist Gefahr im Verzug oder besteht unter den Ehegatten Streit über die Größe des Weibergutes, oder ist die der Frau gegebene Versicherung dahingefallen, so kann die Frau zum Schutze ihres Vermögens vorläufige sichernde Maßnahmen verlangen, (Z. VII, 59, Nro. 11; VIII, 33, Nro. 18; XI, 53, Erw. 5; XVI, 204, Nro. 6; XX, 157, Nro. 10; XXII, 28, 32, 34, OG. 1878, Nro. 13) sonst nicht. (Z. III, 51.)

5. Zur Führung von Prozessen gegen den Ehemann, welche aus dem Begehren um Sicherstellung des Weibergutes hervorgehen, bedarf die Frau einer außerordentlichen Verbeiständung nicht. (Z. XII, 83, Nro. 16.) Vgl. § 600, 1.

6. Diese Versicherung kann die Frau auch noch nach der Scheidung verlangen, so auf dem Wege des Arrestes in einem Falle, wo der Mann erklärt hatte, daß er die Frau um des Geldes wegen geheirathet habe. (Z. XVI. 204.)

§ 605.

[154.] Ueberdies ist das Waisenamt des Heimatortes beziehungsweise des Wohnortes berechtigt, auch ohne die Zustimmung der Frau Sicherstellung ihres Weibergutes durch den Ehemann zu verlangen, wenn die Erhaltung desselben gefährdet erscheint und nicht moralische Gründe die Verminderung oder selbst die Aufzehrung desselben rechtfertigen.

1. Der Gemeindrath. Der Entwurf von 1853 hatte ein solches Recht auch den Anverwandten der Frau, welche dieselbe im Verarmungsfall zu unterhalten hätten, eingeräumt. In der Kommissionalberathung wurde aber vorgezogen, eine unmittelbare Einmischung der Anverwandten durch Gestattung eines Klagerechtes zu behindern. Insoweit dieselben ein wahres Interesse nehmen an der Wohlfahrt und Sicherheit der Frau, können sie dasselbe mittelbar dadurch bethätigen, daß sie die Vormundschaftsbehörde von einer Gefahr der Art unterrichten und deren Einschreiten veranlassen, sei es nur, um Sicherheit im Namen der Frau zu verlangen, sei es, unter Umständen die Bevormundung des verschwenderischen Ehemannes selbst einzuleiten.

2. Ohne die Zustimmung der Frau. Stimmt die Frau zu, so bedarf es keines Prozesses. (§ 604.) Stimmt sie nicht zu — sei es aus Leichtsinn oder aus Scheu vor dem Manne — dann kann der Gemeindrath wohl Sicherstellung aus dem Standpunkt der Obervormundschaft für die Frau fordern, aber der Mann ist nur verpflichtet, solche zu gewähren, wenn ein Bedürfniß derselben, d. h. eine Gefährdung des Weibergutes, vorliegt. Die bloße Armuth des Mannes genügt aber nicht zum Nachweise einer derartigen Gefahr; diese muß vielmehr in der Lebensweise und dem Charakter des Mannes ihren Grund haben. (Z. I, 165, Nro. 6.) Besteht die Voraussetzung nicht mehr, unter welcher der Ehemann zur Versicherung seines Weibergutes von den Vormundschaftsbehörden angehalten worden ist, so kann der Mann, immerhin mit Zustimmung seiner Ehefrau, verlangen, daß er der Versicherungspflicht enthoben werde. (Z. XXII. 30, Nro. 8.)

3. Die auf Begehren der Vormundschaftsbehörden dem Ehemann auferlegte Verbindlichkeit zur Versicherung des Weibergutes ändert an dem Rechte und der Pflicht desselben, die Interessen seiner Frau in Bezug auf die Ermittelung und Erhaltung ihres Vermögens auf's Sorgfältigste zu wahren, nichts. (Z. IX, 232, Nro. 8.)

4. Moralische Gründe. Man war in der Kommission von 1853 darüber einig, daß unter Umständen die Frau berechtigt sei, auch gegen die Wünsche ihrer Anverwandten und gegen den Willen der Obervormundschaft, ihr Vermögen theilweise oder ganz für den Mann und die Familie zu opfern, sobald moralische Gründe dafür sprechen. Die Erhaltung des Vermögens darf nicht als höchster Zweck und wichtigste Sache betrachtet werden in Verhältnissen, die heiligere Pflichten kennen.

5. Unter den Voraussetzungen dieses Paragraphen kann das Waisenamt auch die Herausgabe der Werthtitel der Frau an den Mann verweigern. (Z. XIV, 420.)

§ 606.

[155.] Das Waisenamt hat ein diesfälliges Begehren dem Bezirksrathe zur Entscheidung vorzulegen.

Der Bezirksrath erläßt die ihm zum Schutze des Vermögens der Frau nothwendig scheinenden Verfügungen, wie Verwahrung von Vermögensstücken und Dokumenten, Sperrung der Notariats- und Pfandprotokolle durch gerichtliche Vermittlung u. s. w. Falls der Ehemann entgegen dem Entscheide des Bezirksrathes seine Verpflichtung zur Sicherstellung bestreitet, so hat er dies innerhalb sechs Wochen von der Mittheilung des Beschlusses an dem Bezirksrathe schriftlich zu erklären, und es hat alsdann der letztere nach Maßgabe des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege einen gerichtlichen Entscheid herbeizuführen.

Eine solche Klage ist gutzuheißen, sobald dem Gerichte wahrscheinlich gemacht wird, daß die Versicherung wegen der Persönlichkeit oder der Vermögensverhältnisse des Mannes im Interesse der Ehefrau liege.

1. Der Inhalt des Paragraphen ist alt; er hat nur eine bessere und mehr ins Einzelne gehende Fassung erhalten, an der Hand der bisherigen Praxis (B. XIX, 305; Z. IV, 160, Nro. 12).

2. Der Bezirksrath wird in diesem Falle meistens ein Inventar über das Weibergut erheben. Er ist auch berechtigt, vom Inhalt der Grundprotokolle zu diesem Zwecke Einsicht zu nehmen (Z. I, 166, Nro. 8). Die Sperrung der Protokolle kann er aber nicht selbst verfügen, sondern er muß sich dafür an den Gerichtspräsidenten, in sehr dringlichen Fällen an den Gemeindammann wenden s. § 601 des Prozeßgesetzes, vgl. § 739. Einer öffentlichen Bekanntmachung wird es hier selten bedürfen.

3. Sechs Wochen. Diese Frist ist neu. Sie erschien nothwendig, namentlich nachdem vom Regierungsrathe entschieden worden war, daß der Bezirksrath nicht befugt sei, hiefür eine Frist anzusetzen (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1865 p. 187, b.).

4. Der Letztere. Der Bezirksrath hat die Rolle des Klägers zu übernehmen (vgl. Z. IX, 133; OG. 1860 p. 10) und zu dem Zwecke seine Weisung unmittelbar an das Bezirksgericht zu senden.

5. Gesetz betr. die zürch. Rechtspflege, §§ 536 u. ff. sind hier maßgebend. Hinsichtlich der Gerichtskosten gilt § 540 daselbst.

6. Gegen einen diesfälligen Entscheid des Bezirksrathes ist kein Rekurs an den Regierungsrath zulässig, dafür ist eben der Rechtsweg gegeben (Entsch. des Reg.-R. vom 5. u. 31. Aug. 1854).

§ 607.

[156]. Die Ehefrau ist berechtigt, ihre Versicherungsbriefe in der Schirmlade des Waisenamtes zu hinterlegen.

1. Berechtigt, nicht verpflichtet. Wird die Frau auf die Liegenschaften des Mannes versichert, so wird überdem auf dem Versicherungsbriefe selbst vorgemerkt, daß derselbe nicht willkürlich von dem Manne versetzt werden dürfe. Vgl. § 592 lit. c.

§ 608.

[157]. Die Frage, ob die von dem Ehemanne angebotene Versicherung genüge, ist als Rechtssache zu behandeln.

Ist der Mann außer Stande, hinreichende Sicherheit zu leisten, so ist die Frau beziehungsweise die Obervormundschaft berechtigt, das jener zugehörige bewegliche Kapitalvermögen dem unmittelbaren Besitze des Mannes zu entziehen und in der Schirmlade aufzubewahren. Ebenso ist der Mann berechtigt, durch thatsächliche Verzichtleistung auf jenen Besitz beziehungsweise Herausgabe des ganzen Weibergutes die Pflicht zur Versicherung von sich abzulehnen.

Im Uebrigen bleiben die Verfügungsrechte des Mannes ungeschmälert, soweit nicht das Bedürfniß der Sicherung im Wege steht.

1. Die Veränderungen, welche dieser Paragraph erlitten hat, bestehen außer einer lediglich redaktionellen Streichung bloß darin, daß hinter dem Worte „Besitze" das Wort „(Gewere)", das wohl nicht mehr als eine Verdeutlichung hätte betrachtet werden können, gestrichen wurde, und ebenso die Anführung der Errichtung einer freiwilligen Pfandverschreibung auf Fahrhabestücke, weil diese — freilich abgesehen vom Vieh — nicht mehr möglich ist. In Folge des letztern Umstandes fallen die in § 23 lit. c der Verordnung betr. die Pfandbücher vorgesehenen Vormerke für die Zukunft dahin (Kreisschreiben des Oberger. vom 24. Dez. 1887, Ziff. VII).

2. Ob die Versicherung genüge. Es ist hier den ehelichen Verhältnissen billige Rechnung zu tragen, und nicht in dem ausgedehnten Maße Sicherheit zu verlangen, wie wenn es sich um möglichst solide Anlage von Darlehen auf Grundversicherung handelte. Der Ehemann ist jedenfalls nur verpflichtet, für das Kapital Sicherheit zu geben, nicht auch für die Zinse, noch für seine Verwaltung. Hält die Frau die angebotene Sicherheit nicht für genügend, so kann sie dieselbe auch nur vorläufig annehmen und daneben die Frage, ob der Mann nicht zu besserer Sicherstellung verbunden sei, zum gerichtlichen Entscheide bringen. (Z. II, 334, Nro. 16.) In diesem Falle wird sie als Klägerin aufzutreten haben, während, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Frau sich die Bestellung einer andern Sicherheit, an der Stelle einer bereits vorhandenen, gefallen lassen müsse, dem Ehemann die Rolle des Klägers zufällt. (Z. XXII, 32, Nro. 9.)

3. Hat die Frau Liegenschaften, so sind diese schon durch die Einrichtung der Grundbücher in Verbindung mit § 591 in der Regel hinreichend gesichert, und nur wenn im Widerspruch mit der Frau selbst die Obervormundschaft Sicherheit verlangt, wird noch eine Vormerkung in dem Grundprotokoll nöthig werden, dann aber wieder genügen, ohne daß es einer weiteren Versicherung dafür auf den Gütern des Mannes bedarf.

4. Bewegliche Kapitalvermögen, z. B. Schuldbriefe, Aktien, Staatspapiere u. dgl., aber möglicherweise auch Kleinodien.

5. Thatsächliche Verzichtleistung. Der Mann kann im Ganzen oder theilweise sich der Versicherung dadurch entziehen, daß er die Kapitalien der Frau, die

sie ihm nicht anvertrauen will ohne Versicherung, ihr selber übergibt, oder in der Schirmlade hinterlegt.

6. Verfügungsrechte. Der Mann behält sein Recht auf die Zinse des Weibergutes und seine übrigen Verwaltungsrechte insoweit bei, als nicht die Sorge für das unversicherte Kapital eine Beschränkung der letztern erfordert. Er kann also sogar Veränderungen mit den Kapitalien selbst vornehmen, z. B. einen Schuldbrief kündigen und das Geld anderswo anlegen, wenn er nur je nach den Umständen dafür Gewähr gibt, daß der neue Schuldbrief ebenso in der Schirmlade verwahrt und nicht durch seine Verfügung das Kapital gefährdet werde. Die Obervormundschaft dagegen kann nicht ebenso gegen den Willen des Mannes darüber verfügen. Ihre Sorge beschränkt sich auf die Erhaltung des Kapitalbestandes. Die Wirthschaft verbleibt dem Manne.

§ 609.

[158]. Für den Fall, daß die eheliche Vormundschaft aufhört, haftet der Mann der Frau für die ungeschmälerte Herausgabe des Weibergutes.

Liegenschaften und anderes Kapitalvermögen (z. B. Schuldbriefe, Gutsinventar), welches nicht mehr in Natura vorhanden ist, hat er insofern vollständig zu ersetzen, als er nicht nachzuweisen vermag, daß dasselbe ohne seine Schuld durch Zufall untergegangen oder im Interesse der Frau und ihrer Pietätsbeziehungen und ohne Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten verwendet worden sei.

1. Der Ehemann ist der Frau verantwortlich für ihr Kapitalvermögen, und hat für den Schaden einzustehen, den dasselbe während seiner ehelichen Vormundschaft aus seiner Fahrlässigkeit erlitten hat. Es gilt das auch von dem Vermögen, das er nicht in seinen Besitz bekommen, (B. XII, 302, Nro. 18; Z. I, 167, Nro. 9; VIII, 31, Nro. 17; XX, 158, Nro. 11) oder wo er es als ehelicher Vormund versäumt hat, die Rechte der Frau daran geltend zu machen, z. B. von einer Erbschaft, die der Frau angefallen ist, und die der Mann ohne Grund ausgeschlagen hat. — Auslagen, welche der Mann für seine Frau gehabt hat und die ihr zu bestreiten obgelegen hätte, kann er ihr in Abrechnung bringen. (Z. IX, 230, Nro. 6.)

2. Liegenschaften. Sind dieselben noch im Eigenthum der Frau, so kann diese oder ihre Erben einfach vindiziren. Freilich ist es möglich, daß der Werth derselben inzwischen gestiegen oder gefallen ist, z. B. wenn die Preise der Güter oder Häuser sich seit der Eingehung der Ehe verändert haben. Im erstern Falle darf der Mann nicht etwa den Mehrwerth als eheliche Errungenschaft für sich ansprechen, im letztern ist er aber auch nicht zum Ersatz des Minderwerthes verpflichtet. (Vgl. Bluntschli in M. I, 441 ff.) Beruht aber der Mehrwerth auf Kapitalverwendungen, die er dafür gemacht hat — z. B. er hat Schulden, die auf dem Gute hypothesirt waren, abbezahlt oder ein Haus gebaut auf dem Boden der Frau, so darf er seine Verwendung wohl in Anrechnung bringen und Ersatz dafür fordern. Auf der andern Seite ist er auch schuldig, einen Minderwerth zu ersetzen, der durch seine Vernachlässigung

— z. B. er hat das der Reparatur bedürftige Haus einfallen lassen — entstanden ist. In letzterer Beziehung ist indessen zu erwägen, daß es gegen die Natur des ehelichen Zusammenlebens und der gemeinsamen Wirthschaft wäre, wollte man die ausschließliche Pflicht des Mannes für die Erhaltung des Gutes in solidem Stande ebenso strenge auslegen, wie wenn es sich etwa um die Pflicht eines Pächters handelte, der die Besorgung des Gutes übernommen hat.

3. Anderes Kapitalvermögen. Dahin gehört auch der Kaufpreis, welcher in Folge des Verkaufs einer Liegenschaft der Frau erlöst worden, und der möglicher Weise wieder höher oder niedriger sein kann, als der Werth derselben zu der Zeit, als das Grundstück in die Ehe gebracht worden. Der ganze Kaufpreis wird dann — mit Beachtung der in Bemerkung 2 angedeuteten Beschränkungen — Weibergut anstatt der Liegenschaft. Ferner gehören hieher das Heiratsgut, das der Mann etwa in baar empfangen, im Gegensatz zu der eigentlichen Aussteuer (§ 610), die Schuldbriefe und übrigen Werthpapiere der Frau, das Gutsinventar u. s. f. Sind diese Vermögensstücke noch vorhanden, so befreit sich in der Regel der Mann durch deren Herausgabe, ist aber auch dazu verpflichtet. Z. B. die Staatspapiere der Frau oder die ihr zugehörigen Aktien haben zur Zeit der Auflösung der Ehe einen höhern oder niederern Kurs als bei der Eingehung der Ehe. Wenn dagegen diese Effekten nicht mehr in der Gewalt des Mannes, sondern inzwischen veräußert worden sind, inwiefern haftet dann der Mann für den Kapitalwerth derselben? Hier ist Folgendes zu unterscheiden:

a. Hat der Mann die von der Frau eingebrachten Vermögensstücke zu einem bestimmten Werthe für sich selber eigenthümlich übernommen, so haftet er für die Schatzungssumme, und der Gewinn oder Verlust durch Umsatz oder Preisveränderung trifft ausschließlich sein Vermögen (dos venditionis causa æstimata).

b. Sind dieselben zwar seiner Zeit geschätzt worden, aber Eigenthum der Frau geblieben, so gehört der Frau der Mehrerlös; aber sie muß den Mindererlös nur insofern tragen, als der Mann nachweisen kann, daß er diesen nicht verschuldet habe. Läßt sich der Erlös nicht nachweisen, so haftet der Mann für die Schatzungssumme (dos taxationis causa æstimata).

c. Sind dieselben nicht geschätzt, aber von dem Manne veräußert oder in seinem Nutzen — zu seinen Spekulationen — verwendet worden, so hat er mindestens den Werth zu ersetzen, den dieselben zur Zeit der Veräußerung hatten, möglicherweise auch einen größeren, wenn er zu ungelegener Zeit auf eine für die Frau nachtheilige Weise veräußert, also den Schaden verschuldet hat. Wenn er aber mit dem Erlöse glücklich spekulirt, so gehört der Gewinn ihm zu, wie er hinwieder auch die Gefahr der weiteren Verluste allein zu tragen hat.

d. Legt der Mann die Kapitalien der Frau nur um, so daß die neuen Effekten wieder Eigenthum der Frau werden, so haftet er für diese gerade so, wie bis dahin für die ursprünglich von der Frau zugebrachten Werthpapiere.

4. Ohne seine Schuld. Diese kann dolus oder culpa sein; die Beurtheilung der letztern ist indessen gewiß durch die Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften zu mildern. (Vgl. schweiz. OR. Art. 113, 538; Z. XXI, 63.)

5. Im Interesse der Frau und ihrer Pietätsbeziehungen. Diese weitere Beschränkung der Verantwortlichkeit des Ehemannes ist sehr zu beachten. Es gilt das selbst von Liberalitäten, die vielleicht in erheblichem Maße aus dem Vermögen der Frau gemacht wurden, voraus solchen, welche durch Familienrücksichten gebilligt werden. Z. B. der Vater steuert eine gemeinsame Tochter aus, oder begründet dem Sohn einen Hausstand, und verwendet dazu einen Theil des Frauengutes. Aber auch von andern, für welche Pietätsgründe sprechen, z. B. zur Rettung eines nahen Anverwandten oder Freundes. Hat die Frau vollends eingewilligt zu derartigen Verwendungen ihres Vermögens — so weit sie dazu überhaupt berechtigt ist (§§ 590—592) — so können weder sie noch ihre Erben eine Ersatzforderung stellen. (Z. XXI, 63; XXIV, 445; OG. 1876, Nro. 25.)

6. Der Beweis des Einbringens eines Aktivums der Frau in die Ehe kann geleistet werden durch den in einem Konkurse ihr ertheilten Vindikationsschein. Die Beweiskraft eines solchen Scheins ist analog derjenigen, welche einer gerichtlichen Zusprechung (adjudicatio) im Theilungsprozesse zukommt. (Z. XXI, 187 Erw. 4 ff.) Das Obergericht erklärte im Jahre 1847 das Schuldbekenntniß des Ehemannes sei in der Regel, wo nicht besondere Gründe dagegen sprechen, namentlich auch, wenn es in einem Testamente vorkommt, ein gültiges Beweismittel (B. VIII, 214, Nro. 8), entschied aber später (1854) ein solcher Passus im Testament bilde keinen rechtsgenügenden Beweis, sondern nur ein ergänzendes Indicium (Z. I, 167, Nro. 10.)

§ 610.

[159]. Für andere Fahrhabe, als namentlich Hausgeräthe und Kleidungsstücke, welche durch den Gebrauch in der Haushaltung an Werth verloren haben oder zerstört worden sind, hat der Mann der Frau, abgesehen von besonderen Verträgen, in der Regel keinen Ersatz zu leisten. Dagegen ist die Ehefrau berechtigt, die noch vorhandenen von ihr eingebrachten Sachen der Art und solche während der Ehe angeschaffte Stücke anzusprechen, von welchen anzunehmen ist, daß dieselben zum Ersatze der inzwischen verbrauchten Sachen der Ehefrau angeschafft worden seien.

1. Es wird zwischen dem Kapitalvermögen der Frau, dem Weibergut im eigentlichen Sinne, und der persönlichen Ausstattung der Frau mit Kleidern, Schmuck, Hausgeräthe (Mobiliar), z. B. Betten, Kasten, Stühle, Küchengeschirr u. s. f., unterschieden. Diese Fahrhabe der Frau dient ihrem eigenen Gebrauch und dem der Familie, und ist um dessen willen auch der Abnutzung und Zerstörung während der ehelichen Wirthschaft und um dieser willen ausgesetzt. Da haftet der Ehemann nur für die Herausgabe der noch vorhandenen Stücke und hat für den Minderwerth des gebrauchten und theilweise aufgebrauchten Mobiliars keinen Ersatz zu leisten. (Vgl. § 293.) Will die Frau sich auch in dieser Beziehung sicher stellen, so bedarf es besonderer Verträge. Sie kann z. B. bei der Einbringung der Aussteuer diese zu einem bestimmten Schatzungswerthe dem Manne übergeben, und es kann die Schatzung wieder in verschiedenem Sinne geschehen sein, entweder so, daß das Eigenthum an der Aussteuer auf den Mann übergehe, und dieser dagegen für die Schatzungssumme als Kapitalvermögen der Frau hafte, oder aber so, daß die Schatzung lediglich als Maß-

stab des Werthes diene, den der Mann für die untergegangenen Stücke zu leisten übernehme, oder, wenn nur die gesammte Masse geschätzt worden, für den Werth, bis auf welchen er bei Zurückgabe des Mobiliars einzustehen habe. Im Zweifel geschieht die Schatzung nicht, um einen Kaufpreis, sondern nur um einen Maßstab für den Fall des Unterganges zu erhalten (nicht venditionis, sondern nur taxationis causa). Vgl. § 609, 3; 619.

2. Angeschaffte Stücke. Die neuen Anschaffungen treten, ungeachtet sie auf Kosten des ehelichen Haushalts, also des Mannes geschehen sind, doch an die Stelle der untergegangenen oder vom Ehemann veräußerten Stücke, sobald sich aus den Umständen die Bezugnahme darauf oder auf die Frau ergibt; (Z. XVIII, 34, Nro. 7; XXI, 187 Erw. 3) Kleider und Schmuck z. B. der Frau, die der Mann bezahlt hat, werden ein Theil der Ausstattung der Frau, und gehören ihr zu Eigenthum. Es kann so möglicher Weise ihre Ausstattung auch vermehrt werden.

3. Dies bezieht sich nur auf einen Verbrauch in der Haushaltung. Der Mann kann den Ersatz für veräußerte Stücke auch durch Anschaffung neuer von gleicher Art leisten. (Z. XXI, 187 Erw. 3.)

4. Für die Weibergutsforderung im Konkurse des Mannes ist nach der Ansicht des Obergerichtes maßgebend nicht der gegenwärtige Werth der Aussteuergegenstände, sondern der Ankaufspreis, oder, wenn dieser nicht nachgewiesen werden kann, der Werth, welchen muthmaßlich die Sachen als neu gehabt haben. (OG. 1884 Nro. 148.)

§ 611.

[160]. Im Konkurse des Ehemannes genießt die Weibergutsforderung ein Vorzugsrecht gemäß den konkursrechtlichen Bestimmungen.

1. In diesem Paragraphen ist in Erwartung eines eidgenössischen Konkursgesetzes nur allgemein auf die konkursrechtlichen Bestimmungen verwiesen worden. Gegenwärtig gilt, wie bisdahin, das Vorzugsrecht für die ganze Weibergutsforderung § 1096, lit. b; § 1098, lit. e. (Vgl. Stadt- und Landr. Th. X, § 18.)

2. Dieses Privilegium gilt nur für das Weibergut, nicht für das Spargut; und ein Guthaben der Frau an den Mann, bei welchem Jene sich einmalige oder ratenweise Rückforderung vorbehalten hat, ist Spar-, nicht Weibergut. (Z. IV, 449; XX, 142.)

3. Eine Frau, welche im Konkurse ihres Mannes ihr Weibergut zur Befriedigung der Kreditoren geopfert hat, hat in einem spätern Konkurse des Mannes kein Weibergut mehr. (Z. XIX, 218.)

§ 612.

[161]. Der Ehemann darf von der Frau und ihren Rechtsnachfolgern niemals aus der Weibergutsforderung noch aus anderen während oder infolge des ehelichen Verhältnisses entstandenen Forderungen zum Konkurse getrieben werden.

1. Hiefür sind maßgebend die §§ 121—145 des Gesetzes betr. die Schuldbetreibung vom 23. August 1871. Der Rechtstrieb geht statt auf den Konkurs auf Versilberung der Liegenschaften, falls solche im Eigenthum der Frau stehen.

2. Die Einführung des Grundsatzes, daß der Ehemann für die Weibergutsforderung der Frau niemals zum Auffall getrieben werden dürfe, in das zürcherische Recht, geschah erst durch das Personen- und Familienrecht von 1853. Der nämliche Grundsatz wurde auch noch in einem andern Pietätsverhältnisse, dem der Kinder gegenüber den Eltern, anerkannt (§ 661) und trägt den moralischen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner Rechnung, welche durch eine schroffe Durchführung der Rechte des Gläubigers bis zum bürgerlichen Ruin des Schuldners verletzt werden. Das römische Recht, das im übrigen mit eiserner Konsequenz die Vermögensrechte energisch schützte, hatte um solcher Pietätsrücksichten willen die Strenge seines Schuldrechts gemildert und derartige Forderungen auf das in quantum facere potest debitor ermäßigt. Die neuere Rechtsbildung darf in der Beachtung der Humanität nicht hinter dem römischen Rechte zurückstehen.

3. Die Weibergutsforderung hat ihren Grund in dem ehelichen Verhältniß und kann ohne die vorausgegangene Ehe gar nicht gedacht werden. Deßhalb ist es unerheblich, ob sie während oder nach der Ehe geltend gemacht wird, und ob von der Frau selbst oder von ihren Erben. Die Frau und ihre Rechtsnachfolger müssen die Rücksicht auf das eheliche Verhältniß nehmen, weil dieses die Natur der Forderung bestimmt hat, und diese Bestimmtheit nicht aufhört mit der Trennung der Ehe. Die ursprünglichen Parteien sind immer die Ehefrau und der Ehemann. Alle Veränderungen in den Personen können diesen Charakter nicht verwischen, noch beseitigen. Die Lage des Mannes darf nicht schlechter werden, weil die Gesinnung der vormaligen Frau zu ihm sich ändert, noch weil an ihrer Statt Rechtsnachfolger eintreten, welche dem Mann individuell zu keiner Pietätsrücksicht verpflichtet sind. Dies gilt auch für die Weibergutsforderung der geschiedenen Frau, und, wie das Obergericht, entgegen der Ansicht Bluntschli's, entschieden hat, auch für ihre Entschädigungsforderungen, welche in Folge des Scheidungsverfahrens, sei es durch richterliches Urtheil erkannt, sei es durch Vertrag bestimmt wurden. (Z. III, 65 u. ff.)

4. War die Ehe, aus welcher die Forderung stammt, nichtig, so war eine Ehe niemals vorhanden und es trifft daher auch der Grund des Gesetzes nicht zu. Sollte man übrigens auch geneigt sein, diese Bestimmung anzuwenden, wenn sie dem unschuldigen Theile zu gut kommt, weil es bei ihm an der ehelichen Gesinnung nicht gefehlt hat, so kann doch darüber kein Zweifel sein, daß der schuldige Theil auf die dießfällige Vergünstigung keinen Anspruch hat. (Z. II. 336, Nro. 18.)

5. Diese Bestimmung hindert die Frau nicht, in dem ohne ihr Hinzuthun herbeigeführten Konkurse des Mannes ihre Rechte in vollem Umfange zu wahren. Will der Mann nachher sich rehabilitiren lassen, so ist hiefür die Zustimmung der Frau, als Gläubigerin, ebensowohl erforderlich, wie diejenige der übrigen Gläubiger, denn der § 612 bezieht sich auf dieses Verhältniß nicht. (Z. XI, 214 lit. d.)

§ 613.

[162]. Die eheliche Vormundschaft und der Nießbrauch des Ehemannes am Weibergute erlöschen, wenn die Ehe aufhört.

Mit dem Ausbruche des Konkurses über den Ehemann werden dieselben, wenn der Konkurs mit Zustimmung sämmtlicher Gläubiger oder durch Zwangsnachlaß erledigt wird oder sonst zur gänzlichen Befriedigung der Gläubiger führt, bis zur Konkurserledigung, in allen übrigen Fällen dagegen für so lange unterbrochen, bis der Ehemann dem Konkursgerichte nachweist, daß er nachträglich die zu Verlust gekommenen Gläubiger befriedigt habe, oder daß dieselben ein für alle Mal auf die Geltendmachung ihrer Forderungen verzichten.

Die Vormundschaftsbehörden können indessen auch von sich aus, ohne einen solchen Nachweis, den Gemeinschuldner ganz oder theilweise in seine Vormundschafts- und Nießbrauchsrechte wieder einsetzen.

1. Wenn die Ehe aufhört, sei es durch den Tod eines Ehegatten oder durch die Ehescheidung. Bei der bloßen zeitweiligen Scheidung zu Tisch und Bett dauert das Recht des Mannes fort, s. § 624.

2. Dem bisherigen § 162 entspricht die Bestimmung, daß mit dem Ausbruche des Konkurses über den Mann die eheliche Vormundschaft und der eheliche Nießbrauch sofort erlöschen. Das ist altes zürch. Recht (vgl. Bluntschli zürch. Rechtsgesch. I, 441; M. I, 33 Note; Z. XXI, 233 Erw. 3; Konkursgesetz § 42.). Es ist daher, wie bis dahin, so auch in Zukunft, der Ehefrau in einem solchen Falle ein staatlicher Vormund durch den Bezirksrath zu bestellen, an welchen der Gemeindrath sofort Mittheilung von dem Konkurse zu machen hat. (§ 731 Abs. 2.) Ueber die Vertretung der Frau im Konkurse des Mannes vgl. Kreisschreiben der Justizdirektion im Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1868 p. 188. Dagegen ist mit Bezug auf die Frage, wann denn die genannten Rechte des Ehemannes wieder entstehen, ein merkwürdiger Entwicklungsgang zu konstatiren:

a. Das privatr. GB. ließ dieselben erst dann wieder eintreten, wenn ein gerichtliches Akkommodement oder die Rehabilitation des Mannes zu Stande kam.

b. Nachdem dann Art. 18 Ziff. 3 der Kantonalverfassung vom 18. April 1869 bestimmt hatte, daß der Eintritt des Konkurses nur im Falle eines Verschuldens die Einstellung im Aktivbürgerrechte, und auch dann eine solche nur auf eine Zeit von höchstens 10 Jahren zur Folge habe, wurde dieser an sich rein staatsrechtliche Grundsatz von den Verwaltungsbehörden, und nach einigem Sträuben auch vom Obergerichte (Z. XXI, 261) auch auf die eheliche Vormundschaft und Nutznießung angewendet, in der Art, daß mit dem Momente, wo das Gericht den Konkurs als einen unverschuldeten erklärte, oder bei verschuldetem Konkurse mit dem Ablaufe der Dauer der Einstellung im Aktivbürgerrecht der Ehemann wieder in den vollen Genuß der ehelichen Rechte eintrat, ohne daß es mehr dazu der Rehabilitation desselben mit Zustimmung seiner Gläubiger bedurft hätte.

c. Die Uebelstände aber, welche dies zur Folge hatte, haben zu einer gesetzlichen Abänderung dieser Praxis geführt. Der Mann tritt in die erwähnten ehelichen Rechte nicht mehr von selbst mit dem Ablauf der Einstellung im Aktivbürgerrechte ein, sondern nur dann, wenn einer der folgenden Umstände eintritt:

1. Erledigung des Konkurses mit Zustimmung aller Kreditoren (Akkommodement).
2. Erledigung des Konkurses durch Zwangsnachlaß.
3. Erledigung des Konkurses mit gänzlicher Befriedigung aller Konkurskreditoren.

   (Diese 3 Ziffern entsprechen den §§ 153 und 154 des Konkursgesetzes).
4. Nach der Erledigung des Konkurses ein Beschluß des Konkursgerichtes, welches konstatirt, daß der Mann nachträglich die zu Verlust gekommenen Konkurskreditoren befriedigt habe oder daß sie ein für alle Mal auf die Geltendmachung ihrer Forderungen verzichten (Rehabilitation, entsprechend § 160 des Konkursgesetzes).
5. Nach Erledigung des Konkurses ein Beschluß der Vormundschaftsbehörden, vgl. § 160 des Konkursgesetzes.

Nach dem bisherigen Rechte wurde, wenn der Mann, über den der Konkurs durchgeführt worden, im Aktivbürgerrechte nicht eingestellt war, ein Beschluß der Vormundschaftsbehörden erfordert zum Entzug der ehelichen Vormundschaft und Nutznießung, s. §§ 155, 157, 158 des Konkursgesetzes vgl. Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1879 p. 100; nach dem neuen Rechte ist ein solcher Beschluß nothwendig, damit der Mann diese Rechte wieder erhalte und bleiben sie ihm entzogen, so lange ein solcher Beschluß nicht gefaßt ist. Und zwar bedarf ein diesfälliger Beschluß des Waisenamtes der Genehmigung des Bezirksrathes gleich wie der Entzug der Vormundschaft.

3. Der Grund dieser erst in der kantonsräthlichen Kommission getroffenen Aenderung ist die Beobachtung, daß die Waisenämter sich oft scheuen, dem Manne nach Erledigung des Konkurses noch länger die eheliche Vormundschaft und Nutznießung zu entziehen, selbst wenn das im höchsten Interesse der Familie liegt. Es darf dem gegenüber angenommen werden, daß sie in Zukunft eine Wiedereinsetzung des Mannes nur dann aussprechen werden, wenn eine gewissenhafte Prüfung der Sachlage sie zu der Ueberzeugung bringt, daß ein solcher Beschluß nicht etwa lediglich zum Besten der zu Verlust gekommenen Kreditoren des Mannes die Frau ihrer Zinsen beraube noch auch ihre Interessen neuerdings der Liederlichkeit oder Ungeschicklichkeit des Mannes preisgebe.

4. Immerhin kommt der Erwerb der Frau auch während der Dauer des Entzuges der ehelichen Vormundschaft und Nutznießung nach Maßgabe des § 594 dem Manne zu. (Z. XXI, 186 Erw. 1 und 233 Erw. 3 ff.)

5. Die Konsequenz dieses Paragraphen erfordert, daß wenn ein Verrechtfertigter, in dessen Konkurs Kreditoren zu Verlust gekommen sind, heirathet, die Waisenbehörden die Verpflichtung haben, sofort einen Vormund für die Frau zu bestellen, oder einen wohl motivirten Beschluß zu fassen, durch welchen sie ausdrücklich dem Manne die eheliche Vormundschaft und Nutznießung einräumen.

6. Die obrigkeitliche Vormundschaft dauert auch dann fort, wenn die Frau in Konkurs gerathen ist. (B. XVI, 313, Nro. 30; Z. XII, 112, Nro. 36.)

§ 614.

[163]. Geräth der Ehemann unter obrigkeitliche Vormundschaft, so werden diejenigen Rechte, welche infolge der ehelichen Vormundschaft demselben zustehen, von jener verwaltet. Die eheliche Nutznießung des Mannes dauert in diesem Falle unversehrt fort, und die Ehefrau behält diejenigen Rechte bei, welche ihr als Ehefrau zustehen.

1. Wird der Ehemann z. B. als Verschwender unter obrigkeitliche Vormundschaft gestellt, so dauern die ehelichen Rechte desselben zwar fort, aber er wird in der Verwaltung und Ausübung derselben durch die Mitwirkung und Kontrole der obrigkeitlichen Vormundschaft beschränkt. Die Frau darf aber in einem solchen Falle nicht behandelt werden, als wäre auch sie handlungsunfähig und persönlich der öffentlichen Vormundschaft bedürftig geworden. Vielmehr behält sie dem öffentlichen Vormund gegenüber, der keine größeren Rechte hat, als dem Manne zustanden, dieselben Vermögensrechte bei, welche sie dem zuvor nicht bevormundeten Ehemann gegenüber gehabt hat. So das Recht auf Lebensunterhalt und ärztliche Behandlung. (OG. 1878, Nro. 10.) Es kann also z. B. über ihre Liegenschaften nur mit ihrer Zustimmung verfügt werden (§ 591).

2. Eine Ausnahme von dieser Regel ist in der Praxis in einem Falle zugelassen worden, in welchem der ökonomische Ruin der Frau nur durch den Verkauf ihrer Liegenschaften, dessen sie sich widersetzte, hat abgewendet werden können. (Z. XIV, 425, Nro. 104.) Zwar hat jener Fall die Frau eines Falliten betroffen; allein es ist nicht einzusehen, warum unter gleichen Verhältnissen derselbe Grundsatz nicht auch auf Fälle von Ehefrauen bevormundeter Männer angewendet werden sollte.

§ 615.

[164]. Das in den §§ 589–604 bezeichnete Güterrecht der Ehegatten gilt als Regel für alle Kantonsbürger, auch wenn sie außerhalb des Kantons wohnen, und für die im Kanton wohnhaften Kantonsfremden, soweit nicht das Recht des Staates, dem sie angehören, dieser Anwendung entgegensteht (§ 3).

Verträge der Ehegatten oder Brautleute, durch welche dasselbe in irgend wesentlichen Dingen abgeändert wird, sind nur insofern gültig, als dieselben vorher die gerichtliche Bestätigung erhalten haben.

1. Dieser Paragraph hat in den Berathungen der Kommissionen und des Kantonsrathes wiederholte Veränderungen erfahren, um schließlich wieder zu seinem alten Inhalt und Wortlaute zurückzukehren, vgl. § 1, 5, § 3, 2. Es wurde zuerst eingewendet, der Paragraph sei nicht mehr haltbar gegenüber Art. 46 der Bundesverfassung, welcher sagt, daß in Beziehung auf die civilrechtlichen Verhältnisse die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes stehen. Darauf wurde erwidert, daß jener Verfassungsartikel bis jetzt noch niemals von den Behörden in dem Sinne ausgelegt worden sei, daß er die Anwendbarkeit des heimatlichen ehelichen Güterrechtes ausgeschlossen hätte, und daß er auch kaum diesen Sinn gehabt haben könnte.

In der kantonsräthlichen Kommission wurde die grundsätzliche Aenderung vorgeschlagen, daß das zürcherische eheliche Güterrecht auch für die im Kanton wohnhaften Kantonsfremden gelten solle, immerhin mit der Beschränkung, daß Ehegatten, welche ihre Ehe unter einem fremden Rechte eingegangen haben, ihr bisheriges Güterrecht sich dadurch erhalten können, daß sie innerhalb 6 Monaten vom Tage ihrer Einwanderung in den Kanton ein schriftliches Gesuch mit der Darlegung der hauptsächlichen Bestimmungen dieses Güterrechtes dem Gerichte einreichen, das Gericht die Fortsetzung jenes Güterrechtes aus dem öffentlichen Rechte und den guten Sitten nicht widersprechend bewilligt und den Beschluß, welcher die Gestattung des fremden Rechts ausspricht, veröffentlicht. Von anderer Seite wurde der hierin liegende Grundsatz der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes acceptirt, dabei aber verlangt, daß derselbe ganz und schon von Gesetzes wegen, nicht nur im einzelnen Falle kraft gerichtlicher Bewilligung zur Anwendung gebracht werden solle; hiesige Gerichte seien ohnehin nicht geeignet, Verträge Fremder zu ratificiren; auch würde es sich fragen, ob nicht Staatsverträge einem solchen Verfahren entgegenstehn würden; ferner würde oft schwierig sein anzugeben, von wann an die 6 Monate zu rechnen seien; die Androhung, daß bei Unterlassung der Eingabe das hiesige Güterrecht zur Anwendung gebracht werde, sei die Androhung eines **Vortheils**, den wohl hauptsächlich insolvente Ehegatten sich zu Nutze machen würden, denn das zürcherische Recht gebe der Ehefrau eine privilegirte Weibergutsforderung, während nach dem heimatlichen Rechte vielleicht das Weibergut ganz oder zum Theil den Kreditoren haften müßte; übrigens werde die Frage der Konkursprivilegien wohl bald durch ein eidg. Gesetz beantwortet werden. Es wurde dann von der Kommission der Grundsatz angenommen, daß das zürcherische eheliche Güterrecht für alle auf zürcherischem Gebiete geschlossenen Ehen gelten solle, und es fügt der Bericht der Kommission an den Kantonsrath Folgendes hinzu: „Betreffend das **eheliche Güterrecht** von Kantonsfremden, welche im Kanton wohnen, ist an Stelle der Regel, daß es sich nach zürcherischem Rechte richte, also die Ehefrau das Privilegium des Weibergutes geltend machen könne, die Bestimmung getroffen worden, daß dieß nur dann gelten solle, wenn die Ehe derselben auf dem Gebiete des Kantons Zürich geschlossen worden ist. Ist die Ehe außerhalb dem Kanton geschlossen worden, so bleibt nach dem jetzt allgemein angenommenen Grundsatze der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes das einmal begründete Güterrecht auch bei einer Uebersiedlung in den hiesigen Kanton bestehen. Für die zürcherischen Kantonsbürger wurde dagegen der hergebrachte Grundsatz der Herrschaft des heimatlichen Rechtes beibehalten, nur mußte dabei ein Vorbehalt gemacht werden für den Fall, daß auch nach dem Rechte ihres Wohnsitzes die Fremden mit Bezug auf die ökonomischen Folgen der Ehe nicht nach dem heimatlichen, sondern nach dem Rechte des Ortes der Eheschließung beurtheilt werden."

In Folge einer richtigen Bemerkung des „Gerichtssaals" wurde nachher statt „für alle auf dem Gebiete des Kantons Zürich geschlossenen Ehen" gesagt: „für alle Ehen, bei deren Abschluß der Ehemann seinen Wohnsitz im Kanton Zürich hat".

Wie dann aber im letzten Stadium der kantonsräthlichen Diskussion durch Wiedererwägung der ursprüngliche Inhalt des § 3 und damit auch derjenige des § 615 wieder hergestellt wurde, darüber s. § 1, 5.

2. **Auch wenn sie außerhalb des Kantons wohnen.** Nehmen zürcherische Ehegatten **freiwillig** das Güterrecht des fremden Wohnortes an, so muß diese

Lösung des Konflikts zweier Rechte ebenso von den zürcherischen Gerichten respektirt werden, wie sie ja auch die Anwendung des zürcherischen Rechtes auf hierorts wohnende Fremde begünstigen. „Mit welchem Maße ihr messet, mit dem wird euch gemessen werden."

3. Entgegensteht. Wer dieses Entgegenstehn behauptet, muß es beweisen, also beweisen, daß das anders lautende heimische Recht der Ehe in den Kanton Zürich folge (Z. V, 161). Auf Bürger eines Landes, welches das Territorialprinzip befolgt, ist also das zürcherische Recht anzuwenden. Demzufolge wurde einer hier wohnenden Thurgauerin das Privilegium für ihre Weibergutsforderung zugesprochen, das ihr nach dem Rechte ihrer Heimat nicht zugestanden haben würde. (Z. XV, 308; vgl. VI, 341; OG. 1884, Nro. 138; § 3, 4.)

4. Dieser Behandlung von Schweizerbürgern aus andern Kantonen steht nach einem Entscheide des Bundesrathes auch das Konkordat vom 15. Juli 1822 (Eidg. amtl. S. II, 36), welches von Eheverkommnissen und Eheverträgen spricht, nicht entgegen. (Ullmer, staatsr. Praxis, Nro. 559.)

5. Verträge, z. B. durch welche die Gütergemeinschaft oder das Dotalsystem im römischen Sinne oder völlige Gütertrennung mit Ausschließung der Verwaltungs- und Nutznießungsrechte des Mannes eingeführt oder bewahrt werden soll. (Z. IV, 154, Nro. 9; XX, 159.) Dazu ist auch ein Vertrag über Theilung der Haushaltungsausgaben gerechnet worden (OG. 1879, Nro. 3.) Solche Verträge können nicht nur bei Beginn, sondern auch während der Ehe geschlossen werden. (B. VI, 63; X, 70.)

6. Auf andere zwischen den Ehegatten bestehende aus früherer Zeit datirende Vertragsverhältnisse findet der Paragraph keine Anwendung. (HB. VI p. 122.)

§ 616.

[165]. Derartige Verträge müssen dem Bezirksgerichte des Wohnortes zur Prüfung und Ratifikation vorgelegt werden. Wird dieselbe ertheilt, so ist, insofern das veränderte Güterrecht auch dritten Personen gegenüber wirken soll, für angemessene amtliche Kundmachung zu sorgen.

1. Dritten Personen gegenüber. Das Güterrecht der Ehegatten übt auch einen mittelbaren Einfluß auf den Verkehr und den Kredit der Ehegatten im Verhältniß zu dritten Personen aus. Inwiefern nun um dieser Wirkungen willen die Interessen des Verkehr treibenden Publikums gefährdet oder doch betheiligt erscheinen, ist durch die öffentliche Kundmachung demselben Gelegenheit zu geben, seine Rechte zu wahren. (Vgl. § 620.) Es ist daher auch eine Veränderung des Güterrechtes in seinen Grundlinien nur aus besonderen Gründen (§ 617) zuzugeben, weil leicht dadurch die Verkehrsverhältnisse verwirrt und unsicher gemacht werden.

§ 617.

[166]. Die gerichtliche Bestätigung wird nur ertheilt, wenn:

a. besondere, in den individuellen Verhältnissen der Ehegatten liegende Gründe ein wesentlich verändertes Güterrecht für diese

wünschbar machen, z. B. wenn die Ehe unter der Herrschaft eines abweichenden Güterrechtes geschlossen worden war;

b. der Vertrag nichts enthält, was dem Wesen und der Würde der Ehe zuwider ist.

1. Besondere Gründe. Z. B. die Ehegatten leben faktisch getrennt und ziehen die Trennung der Güter einer Ehescheidung vor. Oder es wohnen hier Ehegatten, welche aus einer Stadt, wo Gütergemeinschaft gilt, hergezogen sind, und wünschen ihre bisherige Gemeinschaft fortzusetzen. Es kann das um so unbedenklicher gestattet werden, als die Gläubiger nicht gefährdet werden, sondern mehr Rechte erlangen, als ihnen sonst unser Recht gestattet.

2. In diesem Paragraphen war von der kantonsräthlichen Kommission in Verbindung mit den in § 615 vorgenommenen Aenderungen die lit. a gestrichen worden; sie ist dann aber nach Wiederbeseitigung jener Aenderungen ohne Weiteres wieder hergestellt worden. Es wurde in der kantonsräthlichen Kommission darauf aufmerksam gemacht, daß vom Gerichte namentlich auch das Interesse der Kreditoren des Mannes ins Auge zu fassen sei.

§ 618.

[167]. Die Aufhebung eines derartigen Vertrages und die Herstellung des Landesrechtes bedarf zu ihrer Gültigkeit der übereinstimmenden Willenserklärung beider Ehegatten vor Gericht und soll, wenn die Eingehung des Vertrages amtlich bekannt gemacht worden war, wieder amtlich bekannt gemacht werden.

§ 619.

[168]. Verträge, welche sich innerhalb des bestehenden Güterrechtes der ehelichen Vormundschaft und Nutznießung halten, bedürfen dagegen der gerichtlichen Genehmigung nicht.

Dahin gehören z. B. Verträge, durch welche der Aussteuer der Ehefrau ein bestimmter Schatzungswerth beigelegt und der Mann für Wiedererstattung dieses Schatzungswerthes nach Auflösung der Ehe verpflichtet wird, Verträge über die Art und den Zeitpunkt der Wiedererstattung des Weibergutes u. s. w.

1. Andere Beispiele sind: Verträge, durch welche ein Ehegatte an den andern einzelne Vermögensrechte abtritt (§ 600), über das Spargut (§ 597), über das Erbrecht im Fall des Todes eines Ehegatten u. s. f.

§ 620.

[174]. Will die Frau mit ihrem Manne zu Gewinn und Verlust in Betreibung eines *gemeinschaftlichen Geschäftes* zusammenstehen, so bedarf ein solcher Vertrag der in § 616 vorgeschriebenen Form.

1. Das Gesetz hat den Fall vor Augen, wo die Frau in Gemeinschaft mit ihrem Manne, aber nicht als dessen Gehülfin, sondern als selbständige Prinzipalin auf gemeinsame Rechnung Handel treiben will. Da ein solcher Vertrag einen tiefgreifenden Einfluß übt auf die Stellung der beiden Ehegatten und ihr Güterrecht, und eher dem Prinzip der Gütergemeinschaft als dem der Güterverbindung angehört, so bedarf derselbe der gerichtlichen Genehmigung (§ 616). Die Frau erscheint dann als Gesellschafterin des Mannes, und zwar im Sinne und nach Analogie der eigentlichen Handelsgesellschaft (Kollektivgesellschaft Schweiz. OR. Art. 552 u. ff.).

§ 621.

[151]. Wenn eine Ehefrau mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung ihres Ehemannes einen Beruf oder ein Gewerbe selbständig betreibt, so haftet neben ihr auch der Ehemann für diejenigen Verpflichtungen, welche aus der Betreibung des Berufes oder Gewerbes entstehen, bevor die Ehefrau als selbständige Inhaberin desselben im Handelsregister eingetragen ist.

1. Art. 35 des schweiz. OR. bestimmt, daß eine Ehefrau, welche mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung ihres Ehemannes einen Beruf oder ein Gewerbe selbständig betreibe, ohne Rücksicht auf die Nutzungs- und Verwaltungsrechte des Ehemannes mit ihrem ganzen Vermögen aus denjenigen Geschäften hafte, welche zu dem regelmäßigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes gehören. Es ist für den Fall der Güterverbindung, wie das zürcherische Ehegüterrecht sie vorschreibt (s. § 589, 3) hinzugefügt, daß eine Haftung auch des Ehemannes für solche Schulden zu bestimmen dem kantonalen Rechte vorbehalten bleibe.

Nach unserem alten § 151 haftete der Mann, das Verhältniß der Handelsfrau vorbehalten, bedingt für solche Schulden. Die Expertenkommission hingegen fügte die Beschränkung bei, daß dies nur dann der Fall sein solle, wenn die Frau nicht als selbständige Inhaberin des Geschäftes im Handelsregister eingetragen sei. Das gilt nun auch für die Handelsfrau; die oft nicht leichte Unterscheidung einer solchen von der Berufsfrau (s. z. B. Z. VII, 329) ist damit weggefallen, und damit auch die besonderen Bestimmungen der alten §§ 169 u. 170.

2. Dadurch wird erreicht, daß in den einfachen Verhältnissen einer Wäscherin, Plätterin, Nätherin, Fabrikarbeiterin, Weberin, Hebamme u. s. w., in welchen eine Eintragung in das Handelsregister nicht stattzufinden pflegt, beide Ehegatten haften. Wo aber die Frau einen Beruf betreibt, der bedeutende Verpflichtungen zur Folge hat, also namentlich, wenn sie eine wahre Handelsfrau ist, aber auch bei einem Gewerbe, das mit einem gewissen Aufwand betrieben wird, wie bei mancher Schneiderin, Modistin u. dgl. wird der Mann gut thun, ihre Eintragung in das Handelsregister zu verlangen, um nicht weiter als das Weibergut reicht für ihre Verbindlichkeiten einstehen zu müssen. Die Frau freilich unterliegt in Folge einer solchen Eintragung der Wechselstrenge, und möglicherweise nach künftigem eidgenössischem Konkursgesetz einer anderen Schuldexekution als ohne die Eintragung.

3. Selbständig. Häufig hilft dem Manne in der Betreibung seines Berufes die Frau. Die Frau des Detailhändlers z. B. oder des Handwerkers besorgt oft den

Verkauf der Waaren im Laden. Sie wird um dessen willen nicht Berufsfrau, sondern ist bloße Gehülfin des Mannes und erscheint, so weit die Uebung es rechtfertigt, in dieser Stellung auch als ermächtigte Stellvertreterin desselben. Der frühere § 173 bestimmte ausdrücklich, daß wenn der Ehemann selber einer Handlung vorstehe und die Frau ihm dabei nur Hülfe leiste, indem sie z. B. den Verkauf im Laden besorge oder die Bücher führe, als Regel anzunehmen sei, das Geschäft gehe auf seine und nicht auf die Rechnung der Ehefrau. Dies ist als nunmehr unter eidgenössischem Rechte stehend, gestrichen worden, gilt aber gewiß auch nach diesem (OR. Art. 35).

§ 622.

[169—171]. **Der Mann ist für eine Verminderung, welche das Weibergut durch die Betreibung eines solchen Berufes oder Gewerbes erleidet, sowie für Verwendungen, welche die Ehefrau aus ihrem Verdienste für die gemeinsame Haushaltung macht, nicht haftbar; eben so wenig aber kommt ihm ein hieraus herrührender Gewinn zu.**

1. In diesem Falle kann also entgegen der Regel das Weibergut während der Ehe wachsen und schwinden. Der frühere § 171 bestimmte, daß im Uebrigen die Wirksamkeit der ehelichen Vormundschaft des Mannes auch über die Handelsfrau ungehemmt fortdaure. Dies ist als selbstverständlich gestrichen worden.

2. Die Konsequenz dieses Paragraphen ist, daß der Mann mit der Bewilligung eines selbständigen Geschäftes der Frau auf die eheliche Nutznießung am Geschäftskapital verzichtet, indem der Ertrag dieses Kapitals nicht mehr ihm, sondern der Frau zukommt. Es war in der Kommission von 1853 vorgeschlagen worden, zu bestimmen, daß nur der Ueberschuß über den regelmäßigen Zinsertrag des Geschäftskapitals der Frau zukommen solle, der Antrag war aber abgelehnt worden. Einen gewissen Ersatz erhält aber der Mann in den Verwendungen der Frau für den Haushalt. Man fand schon in der Kommission von 1853, in der Regel werde sich die Sache faktisch so machen, daß der regelmäßige Erwerb — abgesehen von aller Zinsberechnung — so weit eben ein Bedürfniß des ehelichen Haushaltes vorliege, doch dafür verwendet werde, und dann verstehe sich, daß die Frau, die ja verpflichtet sei, nach ihren Kräften zum Lebensunterhalte der Familie beizutragen (§ 587), Verwendungen, welche sie in diesem Interesse gemacht, nicht etwa dem Manne als Schulden anrechnen dürfe. Wohl gehöre ein Vorschlag in dem Handelsvermögen ihr, wie sie hinwieder auch den Verlust desselben zu tragen habe. Aber als Kapitalvorschlag sei nicht anzusehen, was so aus dem Erwerb den natürlichen Beziehungen zu der ehelichen Wirthschaft gemäß für diese verwendet worden. Sollte in einem einzelnen Falle über die Art der Berechnung oder über die Pflicht der Frau, für das Hauswesen mit zu sorgen, Streit sich erheben, so habe das Gericht eben die besonderen Umstände zu erwägen und darauf die allgemeinen Grundsätze in ihrer Verbindung anzuwenden.

3. In Folge dieser Bestimmung hat das Obergericht durch Kreisschreiben vom 24. Dez. 1887 Ziff. III bestimmt: „Die Vorschriften, welche schon wiederholt (s. OG. 1874 S. 17, 1880 S. 18/19, 1882 S. 24) in Beantwortung bezüglicher Einfragen über die Pfändung des beweglichen Eigenthums der Ehefrauen von Konkursiten gegeben worden sind, sollen zukünftig auch mit Bezug auf die Waaren, Werkzeuge und

anderen Berufseinrichtungen der Handelsfrau beobachtet werden, da nach § 622 des privatr. GB. der Ehemann nicht mehr Eigenthümer des auf dem Wege des Handels oder selbständigen Gewerbebetriebes von der Frau Erworbenen wird."

§ 623.

[172]. Will die Ehefrau ihren Beruf oder ihr Gewerbe aufgeben, so bedarf sie dazu der Zustimmung des Mannes nicht.

Der Ehemann ist aber auch seinerseits berechtigt, seine Zustimmung zu der Betreibung eines selbständigen Berufes oder Gewerbes seiner Frau zurückzuziehen und ihr dadurch die Fortsetzung desselben zu untersagen, vorausgesetzt, das dies nicht zur Unzeit, noch in einer böswilligen Absicht geschehe. Vorbehalten bleibt die erforderliche Rücksicht sowohl auf die bisherigen Geschäftsgläubiger als auf das Verkehr treibende Publikum.

1. In diesem Paragraphen ist jeweilen das Wort „Handelsgeschäft" des alten § 172 gemäß Art. 35 OR. durch den umfassenden Ausdruck „Beruf oder Gewerbe" ersetzt werden.

2. Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, daß der Ehemann sein vormundschaftliches Recht mißbrauche. Wohl kann er, wenn er sich überzeugt, daß die Betreibung eines selbständigen Berufes der Frau selbst ökonomischen Schaden drohe — er sieht, daß dieselbe ihrer Aufgabe nicht gewachsen ist — oder ihr die Ausübung ihrer Familienpflicht — z. B. in der Sorge für die Kinder — allzu sehr erschwere, eingreifen und ihr die fernere Betreibung des Berufes untersagen. Aber er darf das nicht zur Unzeit thun, z. B. bei einem Beruf, dessen günstige Erntezeit der Weihnachtsmarkt ist, unmittelbar vor diesem Zeitpunkte, noch in chikanoser Weise, z. B. wenn er etwa eine Scheidung betreibt, um die Frau dadurch brodlos zu machen.

3. Rücksicht. Auch die Verhältnisse der Dritten, die mit der Berufsfrau in Geschäftsbeziehungen stehen, fallen in Berücksichtigung bei Beurtheilung der Frage, ob der Mann mit Recht das Geschäft der Frau aufhebe, beziehungsweise eine Liquidation veranlasse.

Drittes Kapitel.

Folgen der Ehescheidung.

§ 624.

[202]. Das Gericht bestimmt in Fällen der Trennung zu Tisch und Bett nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der Vermögens- und Standesverhältnisse der Ehegatten auf Begehren der Frau, was der Mann während der Dauer der Trennung zum Unterhalte der Frau und derjenigen Kinder beizutragen habe, welche der Sorge der Mutter überlassen bleiben, und gibt, wo das nöthig erscheint, dem Waisenamte zum Behufe

der vormundschaftlichen Obsorge im Interesse der Frau und der Kinder von den Verhältnissen Kenntniß.

Im Uebrigen dauert das Vormundschaftsrecht und der Nießbrauch des Mannes inzwischen fort.

1. Das Recht der Ehescheidung selbst, die Scheidungsgründe und die Regeln über gänzliche oder theilweise Scheidung, das Alles steht nunmehr unter den Bestimmungen des Bundesgesetzes betr. den Civilstand und die Ehe vom 24. Dez. 1874 (Eid. amtl. S. N. F. I, 506) Art. 435 ff. Die prozessualischen Regeln des Scheidungsprozesses sind enthalten in den §§ 497—511 des Prozeßgesetzes. Damit sind die §§ 175—201, 203—209, 222, 228, 229 des alten privatr. GB. weggefallen. Dagegen bestimmt Art. 49 des citirten Gesetzes: „Die weiteren Folgen der Ehescheidung" (außer der Wartefrist), „oder der Scheidung von Tisch und Bett in Betreff der persönlichen Rechte der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichtes der Kinder und der dem schuldigen Theile aufzuerlegenden Entschädigungen sind nach der Gesetzgebung des Kantons zu regeln, dessen Gerichtsbarkeit der Ehemann unterworfen ist.

Das Gericht entscheidet über diese Fragen von Amtes wegen oder auf Begehren der Parteien zu gleicher Zeit wie über die Scheidungsklage."

Es ist daher nur noch von den Folgen der Ehescheidung die Rede.

2. Die Scheidungsgründe des Bundesgesetzes s. im Anhang zum Familienrecht.

3. In der kantonsräthlichen Kommission wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht an Stelle der früheren Intervention des Stillstandes (§ 205 des früheren privatr. GB.) wieder eine solche irgend einer Behörde behufs Aufrechthaltung der Ehe, namentlich im Interesse der Kinder, eingeführt werden sollte. Aus einer Publikation des eidg. statistischen Bureau's ergebe sich, daß 15 Kantone noch eine solche vorschreiben. Die Anregung wurde aber abgelehnt. Eine solche Intervention, wurde gesagt, pflege nur da stattzufinden, wo die Armenbehörden ein Interesse haben, und man könne doch dem Ehegatten nicht zumuthen, bloß im Interesse der Gemeinde in der Ehe zu bleiben, das Recht auf Scheidung könnte verkümmert werden.

4. Trennung zu Tisch und Bett. Das Bundesgesetz bestimmt Art. 44: „Nach Anhörung der Klage gestattet der Richter, wenn es verlangt wird, der Ehefrau, gesondert vom Ehemann zu leben, und trifft überhaupt für die Dauer des Prozesses in Beziehung auf den Unterhalt der Ehefrau und der Kinder die angemessenen Verfügungen." Dieses Begehren kann schon nach Anhängigmachung der Scheidungsklage beim Friedensrichteramt mittelst schriftlicher Eingabe beim Bezirksgerichte gestellt werden (OG. 1879, Nro. 58, Art. 47 s. Anhang.)

5. Die Scheidung zu Tisch und Bett unterbricht das gemeinsame eheliche Leben. Die Frau verläßt während derselben die Wohnung des Mannes. Aber im Uebrigen sollen die ehelichen Rechte, auch das Güterrecht der Ehegatten fortdauern. (Vgl. Bluntschli: die eheliche Vormundschaft während der Scheidung zu Tisch und Bett; M. V, 1 ff.) Der Mann ist daher in der Zwischenzeit verpflichtet, für den Unterhalt der Frau und der ihr überlassenen — vorzüglich der kleineren — Kinder auf seine Kosten wesentlich in demselben Umfange zu sorgen, wie er es auch vorher thun sollte. Damit aber darüber nicht von neuem Streit sich entzünde, ist das Gericht ermächtigt, auf Begehren der Frau den erforderlichen Beitrag zu bestimmen und dem Manne aufzulegen,

der denselben für so lange zu leisten hat, als die temporelle Scheidung dauert. (Z. IV, 166, Nro. 19; VII, 65, Nro. 17.) Wenn es nöthig erscheint, nimmt sich auch die Obervormundschaft inzwischen, unter Umständen durch Bestellung eines außerordentlichen Vormundes, der Frau und der Kinder an.

6. Dritten Personen gegenüber ist die Frau für Schulden, welche sie für nothwendige, ihren Verhältnissen angemessene Lebensbedürfnisse während der Zeit der Temporalscheidung kontrahirt, persönlich haftbar. Da der Mann sich gewöhnlich darauf beschränkt, den ihm auferlegten Unterhaltungsbeitrag an seine Frau zu entrichten, im Uebrigen aber für sie nicht sorgt, so muß die Frau diese Sorge selber übernehmen und unabhängig von ihrem Ehemann handeln. (B. IX. 347, Nro. 12.)

7. Der Frau, welcher die vorläufige Trennung vom Ehemann bewilligt worden ist, hat der letztere, außer ihren Kleidern und Arbeitsgeräthschaften auch den zu einem getrennten Haushalt nothdürftigen Hausrath zu verabfolgen, ohne Rücksicht darauf, was die Frau ihm zugebracht habe, falls diese während der Trennung ein eigenes Hauswesen führen will. (B. IV, 306, Nro. 6; VIII, 418, Nro. 16.)

8. Bei Gestattung einer vorläufigen Trennung der Ehegatten kann das Gericht auch im Interesse einer guten Pflege und Erziehung der Kinder angemessene Bestimmungen treffen, wenn die Wohlfahrt der letztern solche erheischt. (Z. XVI, 208, Nro. 10.)

9. Lebt der Mann im Hause der Frau, so muß er, und nicht die Frau, dasselbe verlassen. (Z. II, 342, Nro. 26; XII, 93, Nro. 22.)

10. Vermögensverhältnisse. Wenn die Frau nur für sich selbst zu sorgen und einen eigenen Erwerb hat, oder sich leicht einen solchen verschaffen kann, während im Uebrigen der Mann die Kosten des Haushaltes und der Erziehung der Kinder aus seinem täglichen Erwerbe bestreiten muß, so ist kein Grund vorhanden, ihm zuzumuthen, seine Frau noch durch Geldbeiträge zu unterstützen. (Z. IV; 161; Nro. 13; XII, 94, Nro. 23.)

11. Der Gemeindrath ist verpflichtet, einer so getrennt lebenden Frau die nöthigen Ausweisschriften zu geben. (Z. XI, 381. Bundesbl. 1867 I, 596, Nro. 9.)

12. Zu Abs. 2. Der § 1074 findet bei der Scheidung zu Tisch und Bett (Temporalscheidung) keine Anwendung. (Z. XV, 305, Erw. 4.)

§ 625.

[210]. Die gänzlich geschiedene Frau behält das durch ihre Heirath erworbene Bürgerrecht bei, verliert dagegen den Geschlechtsnamen des Mannes.

1. Bürgerrecht. Natürlich nur so lange, als sie sich nicht wieder mit einem Fremden verheirathet. Die Eingehung der Ehe gibt der Frau das Bürgerrecht des Mannes; wenn sie aber einmal so unter die Angehörigen des Staates oder der Gemeinde aufgenommen ist, so kann sie ihr Heimatsrecht nicht durch die Trennung der Ehe verlieren.

2. Geschlechtsnamen. Aus der Familie (dem Geschlecht des Mannes) tritt sie durch die Scheidung heraus und nimmt daher ihren angebornen Geschlechts-

namen wieder an. Dasselbe gilt auch von den Wappen und andern Zeichen und Ansprüchen der Geschlechtsverbindung.

§ 626.

[211]. Sie ist in der Regel berechtigt, sofortige Herausgabe ihres Weibergutes zu begehren.

Wenn der Streit über die Größe des Weibergutes ein weitläufiges Verfahren nothwendig macht, so kann das Gericht denselben so lange einstellen, bis die Scheidung rechtskräftig ausgesprochen ist.

1. Herausgabe ihres Weibergutes. So weit dasselbe in natura vorhanden ist, vindizirt sie; im Uebrigen stellt sie eine Weibergutsforderung. (Vgl. §§ 609, 612.)

2. Zu Abs. 2. Der frühere § 211 hatte bestimmt, daß der Streit über die Größe des Weibergutes als besonderer Civilprozeß, nicht als ein bloßer Anhang des Scheidungsprozesses zu behandeln sei, und das schrieb auch noch § 509 des Prozeßgesetzes vor. Art. 49 des eidg. Civilstandgesetzes (s. § 624, 1) sagt nun aber in Abs. 2: „Das Gericht entscheidet über diese Fragen" . . . (nämlich über die Folgen der Ehescheidung in Betreff der persönlichen Rechte der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichtes der Kinder und der dem schuldigen Theile aufzuerlegenden Entschädigungen) „zu gleicher Zeit, wie über die Scheidungsklage". Es ist daher sogar darüber Zweifel entstanden, ob auch nur die jetzige Fassung des § 626 zuläßig sei. Die Expertenkommission hat jedoch gefunden, es könne nicht im Willen des eidg. Gesetzgebers gelegen haben, daß die Scheidung selbst, deren Voraussetzungen vielleicht klar vorliegen, aufgeschoben werden müsse, bis auch der Streit über die Größe des Weibergutes, der Monate, ja Jahre lang dauern könne, erledigt sei, zumal dadurch ja oft gerade dem schuldigen Theile, der möglicher Weise als Nutznießer des Weibergutes und Erbe der Ehefrau das größte ökonomische Interesse am Hinausziehen des Scheidungsurtheils, vielleicht bis zum Tode des andern habe, eine Waffe zur Erringung seines rechtswidrigen Erfolges in die Hand gegeben würde; auch würde ja möglicher Weise die ganze weitläufige und kostspielige Untersuchung über die Größe des Weibergutes dadurch nutzlos werden, daß nachher eine obere Instanz das Scheidungsbegehren selbst verwürfe. Das Entscheidende jener bundesrechtlichen Bestimmung könne demgemäß nur das sein, daß die Frau nicht gezwungen werden dürfe, nachdem die Scheidung ausgesprochen worden sei, wieder von vorn einen Prozeß gegen den Mann anzuheben, vielleicht bei einem ganz andern Gerichtsstande, und unter Wiederholung einer Menge von Angaben und Beweisen, die schon zur Begründung der Scheidungsklage gedient haben. Das schließe aber gar nicht aus, daß in einem Vorentscheide die Scheidung und damit grundsätzlich auch die Restitutionspflicht festgestellt, ein allfälliger Abzug wegen Verschuldens oder die Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung begründet, und erst daraufhin der Umfang des Weibergutes zum Gegenstande des Prozesses gemacht werde.

§ 627.

[212]. Jeder Theil ist berechtigt, die dem anderen vor und bei Eingehung der Ehe gemachten Verlobungsgeschenke, soweit dieselben noch vorhanden sind oder Ersatz dafür da ist, zurück zu begehren.

1. Ersatz dafür da ist. Z. B. die Braut schenkte dem Bräutigam eine goldene Uhrkette, und dieser verkaufte dieselbe später. Da ist der Werth der Kette als Kaufpreis in das Vermögen des Mannes übergegangen, und er muß denselben nun zurückgeben. Wenn aber der Mann die Kette im Verfolg verloren oder verschenkt hat, so ist er keinen Ersatz schuldig.

§ 628.

[213]. Die Hochzeitsgaben sind, soweit sie nicht von den Verwandten oder besonderen Freunden je des einen Theiles diesem gemacht worden sind, zu gleichen Theilen unter beide Ehegatten zu theilen.

1. Die Sitte, am Hochzeitstage oder bald nachher, aber mit Rücksicht auf die Hochzeit, die neuvermählten Ehegatten zu beschenken, ist auch in ihren Rechtswirkungen zu erwägen. Gewöhnlich sprechen sich die Schenker nicht ausdrücklich aus, wem sie schenken, und es ist daher aus den Umständen auf die Absicht zu schließen. Ist der Schenker nur mit dem einen Ehegatten verwandt oder ausschließlich befreundet, so ist anzunehmen, er habe seinen Anverwandten oder Freund beschenken wollen, und das Geschenk wird daher als dessen alleiniges Eigenthum betrachtet, bleibt ihm daher auch in dem Falle der Ehescheidung. Wenn dagegen derartige ausschließliche Rücksichten nicht vorliegen, also z. B. der Schenker mit beiden Ehegatten verwandt oder befreundet ist, überhaupt sobald nicht besondere Gründe für Sondergaben sprechen, so ist die Vermuthung begründet, der Schenker habe beiden Ehegatten gemeinsam schenken wollen, und die Gabe geht daher in das Miteigenthum derselben zu gleichen Hälften über.

2. Zu den Hochzeitsgaben gehört nicht die Ausstattung, welche die neu vermählte Ehefrau von hren Eltern erhält, noch die Aussteuer oder das baar gegebene Heirathsgut. (Z. XXIV, 408, Erw. 2; OG. 1873, Nro. 14.)

§ 629.

[214]. Lastet die Verschuldung der Scheidung ganz oder vorzugsweise auf dem Ehemanne, so hat die Frau überdies ein Recht auf Entschädigung.

Diese ist je nach Umständen entweder in einer Gesammtsumme, welche der Mann ein für alle Mal an die Frau zu entrichten hat, oder in einem regelmäßigen jährlichen Beitrage an ihre Unterhaltungskosten anzusetzen.

1. Verschuldung. Die Frau hat keine Entschädigungsforderung:

a. wenn überhaupt keine Verschuldung des Mannes die Scheidung verursacht hat (z. B. Scheidung wegen Wahnsinn).

b. wenn zwar dem Mann eine Verschuldung zur Last fällt, aber die Frau nicht minder Schuld hat. (Z. V, 47 ad c u. d.)

2. Jährlichen Beitrag. In der Regel ist ein Beitrag auf Lebenszeit der Frau gemeint und es ist gleichgültig, ob dieselbe ledig verbleibe oder sich wieder verheirathe.

§ 630.

[215]. Wird die Entschädigung in einer Gesammtsumme bestimmt, so darf diese in keinem Falle mehr als den vierten Theil des ganzen gegenwärtigen Vermögens des Ehemannes betragen. Wird dieselbe in einem fixen jährlichen Beitrage bestimmt, so darf dieser nicht den vierten Theil der regelmäßigen jährlichen Einkünfte des Mannes zur Zeit der Ehescheidung (die Zinse seines Vermögens und den Erwerb inbegriffen) übersteigen.

1. Vierten Theil des ganzen gegenwärtigen Vermögens. Es darf auch gegen den Sohn reicher Eltern, der noch wenig eigenes Vermögen hat, nicht über diesen Viertheil hinausgegangen, wohl aber im Sinne des § 634 ein Vorbehalt gemacht werden.

2. Einkünfte. In beiden Beziehungen ist eine freie, die Verhältnisse berücksichtigende Schatzung als Grundlage des richterlichen Entscheides unerläßlich. Von einer genauen Beweisführung kann bei dem Erwerbe überall nicht die Rede sein, da dieser sehr von den wechselnden Umständen abhängt.

3. Der vierte Theil ist das Maximum der Entschädigung, nicht die regelmäßige Größe derselben. In sehr vielen Fällen wäre es für den Mann zu hart, würde er zu so bedeutender Entschädigung verurtheilt. Der § 633 bestimmt, worauf bei näherer Festsetzung der Entschädigung vorzüglich zu achten sei.

4. Die Frau kann zur Konstatirung des Vermögens des Mannes Vorlegung seiner Rechnungsbücher, auch einen Auszug aus dem Notariatsprotokoll über seine Liegenschaften verlangen. (B. IV, 157; Z. III, 133, Erw. 4.)

§ 631.

[216]. Lastet die Verschuldung der Scheidung ganz oder vorzugsweise auf der Frau, so hat der Mann ihr gegenüber ein Recht auf Entschädigung.

Diese Entschädigung ist je nach Umständen entweder in einem Theile des gegenwärtigen Vermögens der Frau (Weibergut und Sondergut), welcher dem Manne zu Eigenthum zugesprochen wird, oder in der bleibenden oder zeitweisen Nutznießung eines Theiles dieses Vermögens anzusetzen.

1. Sondergut. Auch das Spargut haftet.

2. Bleibenden oder zeitweisen Nutznießung. Der Mann wird zu einem fixen Beitrag verpflichtet, weil man die höhere Erwerbsfähigkeit desselben in Anschlag bringt, die Frau dagegen verbunden, einen Theil ihres Vermögens dem Manne auch nach der Scheidung noch zur Nutznießung zu lassen, weil in der Nutznießung des Weibergutes der vermögensrechtliche Genuß des Ehemannes liegt und darauf vornehmlich seine ökonomische Stellung sich stützt. In mildern Fällen kann auch eine für einige Jahre noch zugestandene Nutznießung genügen.

§ 632.

[217]. Dieselbe darf auch in den schwersten Fällen nicht den vierten Theil des Vermögens der Frau oder die dauernde Nutznießung an einem Drittel desselben übersteigen.

1. Drittel. Bei der Nutznießung ist ein Drittheil, nicht wie bei den Beiträgen des Mannes ein Viertheil angenommen, weil dort nur die Zinse und Früchte des Weibergutes, nicht die Einkünfte aus Erwerb in Betracht kommen.

§ 633.

[218]. Die Größe der Entschädigung richtet sich nach dem Maße der persönlichen Schuld und der Größe der aus der Scheidung für den unschuldigen Theil und die Kinder erwachsenden Nachtheile. Bei Ehebruch ist in der Regel auf das Maximum der Entschädigung zu erkennen.

Die Art der Entschädigung richtet sich namentlich nach den ökonomischen Verhältnissen des schuldigen und den ökonomischen Bedürfnissen des unschuldigen Theiles.

1. Die Größe der Entschädigung wird durch das richterliche Ermessen bestimmt, das hinwieder durch zwei Rücksichten sich leiten läßt:

a. Je größer und ausschließlicher die Verschuldung des Ehegatten ist, desto größere Entschädigung wird ihm auferlegt; (vgl. Z. XVIII, 41, Nro. 10.)

b. Je größer die Nachtheile sind, welche um der Scheidung willen den unschuldigen Theil und dessen Kinder betreffen, um so reichlicher wird die Entschädigung gemessen. (Z. II, 343, Nro. 27.) Z. B. Die wegen schwerer Mißhandlung von Seite des Mannes geschiedene Ehefrau hatte während der Ehe ein gesichertes Auskommen, weil der Mann Vermögen besaß und einen guten Verdienst hatte, und hat nun jene Sicherheit verloren. Da ist der Schaden größer, als wenn umgekehrt der Mann sich hat scheiden lassen, weil die nur mit geringem Vermögen ausgestattete Frau ihn böswillig verlassen hat.

2. Die Art der Entschädigung, also insbesondere die Bestimmung, ob dieselbe in Kapital oder in Beiträgen oder Nutznießung bestehen solle, hängt wieder von dem richterlichen Ermessen ab. Dabei ist § 636, Schlußsatz, zu beachten.

§ 634.

[219]. Das Gericht kann für den Fall, daß der schuldige Theil in Zukunft zu größerem Vermögen gelangen sollte, sei es durch Erbschaft oder auf andere Weise, in dem Scheidungsurtheile dem unschuldigen Theile das Recht vorbehalten, auf eine entsprechende Erhöhung der Entschädigung anzutragen. Ohne einen solchen Vorbehalt ist eine spätere derartige Klage auf Erhöhung unzulässig.

1. In der Regel wird nur das gegenwärtige Vermögen der Ehegatten (§§ 630 u. 631) der Bestimmung der Entschädigung zu Grunde gelegt. Es ist aber möglich, daß dieses ungenügend erscheint, um eine der Verschuldung des einen Theils und dem Schaden des andern Theils angemessene Entschädigung darauf basiren zu können. Es kommt das vorzüglich da vor, wo Personen aus höheren Ständen mit gesteigerten Ansprüchen an das soziale Leben sich heirathen, die aber noch kein eigenes Vermögen besitzen, sondern von wohlhabenden Eltern unterstützt werden. Da kann der Richter, wenn er es nach den Umständen billig findet, einen Vorbehalt in das Scheidungsurtheil aufnehmen, nach welchem es dem unschuldigen Theile für den Fall, daß später das Vermögen des Schuldigen erheblich anwachse, gestattet wird, auf eine entsprechende Erhöhung der Entschädigung anzutragen.

2. In dem spätern Prozesse ist nicht mehr auf die Scheidungsgründe einzugehn, sondern lediglich auf das Scheidungsurtheil abzustellen. (Z. XV, 78.)

3. Das bezieht sich nur auf die Entschädigung, nicht auf den Alimentationsbeitrag an die Kinder; mit Bezug auf diese haben vielmehr die Vormundschaftsbehörden das Nöthige zu verfügen. (Z. XV, 79.)

4. Das Obergericht hat erklärt, daß eine solche Nachforderung nur Ein Mal gestellt werden könne, weil der Paragraph strikte zu interpretiren sei. (OG. 1875, Nro. 5.)

5. Zuständig für diese Klage ist nicht der Richter, welcher das Scheidungsurtheil erlassen hat, sondern derjenige, welcher für einen neuen Scheidungsprozeß zuständig sein würde. (OG. 1875, Nro. 11.)

§ 635.

[220]. Die spätere Wiederverehelichung des unschuldigen Theiles hindert ihn nicht, die ihm zugesprochene Entschädigung zu fordern.

§ 636.

[221]. Auch die in der Form der Nutznießung oder eines Beitrages zuerkannte Entschädigung geht auf die Erben des Verpflichteten über, insoweit dieselbe auf dessen Kapitalvermögen haftet, erlischt aber mit dem Tode des Verpflichteten, sofern sie auf den Erwerb desselben begründet worden ist. In dem Urtheile, durch welches die Entschädigung ausgesprochen wird, ist auf diesen Gegensatz Rücksicht zu nehmen.

1. Ist die Entschädigung in einer Gesammtsumme ein für alle Mal bestimmt, so versteht sich von selbst, daß die Erben des Verpflichteten für die Bezahlung derselben einstehen müssen, so wie daß die Forderung auch auf die Erben des Berechtigten übergeht.

2. Besteht die Entschädigung in einem Beitrag oder einer Nutznießung, so wird dieselbe durch die Lebenszeit des Berechtigten begrenzt, und es gehen daher nur die bereits verfallenen Leistungen auf dessen Erben über. Aber inwieweit haften die Erben des Verpflichteten bei Lebzeiten des Berechtigten? Es wird unterschieden:

a. Ist die Entschädigung auf die regelmäßigen Zinse oder Früchte des Kapitalvermögens basirt, so geht die Schuld auf die Erben über, aber ohne Rücksicht darauf, ob das Kapital jetzt noch, wie ursprünglich, vorhanden ist.

b. Wenn dagegen bei Bestimmung der Entschädigung, sei es ausschließlich oder zu einem Theile, der Erwerb des Verpflichteten in Berechnung gezogen worden ist, so hört die Verpflichtung insoweit mit dem Tode des Verpflichteten auf. Z. B. Der Ehemann hatte kein Kapitalvermögen, aber war ein Arzt mit guter Praxis, und mit Rücksicht darauf wurde ein jährlicher Beitrag von eintausend Franken zu Gunsten der geschiedenen Frau ausgesetzt.

3. Es kann die Frage entstehen, ob die auf den Erwerb basirte Entschädigung auch dann aufhöre, wenn ohne Schuld des Verpflichteten die Erwerbsfähigkeit desselben untergeht. Bloße Fluktuationen sind natürlich nicht zu beachten, aber für die Berücksichtigung des vollständigen Unterganges des Erwerbes scheint die Analogie mit dem Tode zu sprechen.

§ 637.

[223]. Sind Kinder aus der geschiedenen Ehe vorhanden, so bleiben dieselben in der Regel bis zum Eintritte in das schulpflichtige Alter der Mutter zur Pflege überlassen.

Das Gericht bestimmt auf Begehren der Parteien, ob und welchen Beitrag der Vater in dieser Zeit für ihre Besorgung und ihren Unterhalt zu zahlen hat.

1. Das Kind steht in den ersten Lebensjahren der Mutter näher als dem Vater; jene ist auch zur Pflege desselben besser geeignet, als dieser. Es erheischt daher die Rücksicht auf die Wohlfahrt des Kindes, daß dasselbe in den ersten Lebensjahren der mütterlichen Sorge überlassen werde, wenn nicht ganz ausnahmsweise Verhältnisse eine Abweichung von dieser Regel rechtfertigen. (Z. IX, 234, Nro. 40.) Der Vater haftet zunächst für den Unterhalt des Kindes und es ist hiebei das Bedürfniß, nicht bloß die Nothdurft entscheidend. (§ 441.)

2. Schulpflichtiges Alter. Im früheren § 223 hieß es: „bis zu zurückgelegtem fünften Altersjahr". Dies war das schulpflichtige Alter bei Erlaß des privatr. GB. 1853; seither ist dasselbe auf das zurückgelegte sechste Altersjahr zurückgeschoben worden.

3. Dies gilt auch für die faktische Trennung der Ehegatten vor der Scheidung. (Z. X, 314; XVIII, 42; XIX, 147; XX, 172.)

4. Die Mutter ist aber nicht berechtigt, das Kind gegen den Willen des Mannes in ein entferntes Land mitzunehmen und dem Vater so gänzlich zu entziehen. (B. XIX, 27; s. § 640.)

§ 638.

[224]. Mit dem Eintritte in das schulpflichtige Alter sind die Kinder in der Regel dem Vater zur Erziehung zu überlassen.

Wenn die Mutter hinreichendes Vermögen hat und der Vater unbemittelt ist, so kann auf dessen Begehren auch der Mutter ein angemessener Beitrag zu den Erziehungskosten auferlegt werden.

1. Schulpflichtiges Alter, s. § 637, 2. — Vgl. § 637, 3.

§ 639.

[225]. Ausnahmsweise kann das Gericht im Interesse einer guten Pflege und Erziehung der Kinder entweder von sich aus oder auf den Antrag der Eltern die Kinder auch vor dem Eintritte in das schulpflichtige Alter dem Vater und nach diesem der Mutter zuweisen.

1. Diese Bestimmung ist lediglich im Interesse einer guten Pflege und Erziehung der Kinder aufgestellt und es darf daher deren Anwendung nicht durch andere Rücksichten, z. B. um vom Mutterherzen den Schmerz der Trennung von den Kindern abzuwenden, geleitet werden. (Z. I, 173, Nro. 17.) Die Anwendung derselben ist dem billigen Ermessen des Richters anheimgestellt; eines strengen Beweises der zutreffenden thatsächlichen Verhältnisse bedarf es nicht. Derselbe kann auch später die nöthige Aenderung treffen, wenn es sich zeigt, daß die Kinder bei demjenigen Elterntheile, dem sie zur Obsorge überlassen worden, nicht gut aufgehoben sind. (Z. I, 174, Nro. 18.) Ueberdies sind die Vormundschaftsbehörden durch das gerichtliche Urtheil nicht gehindert, nöthigenfalls gegenüber dem Vater von dem ihnen nach § 683 zustehenden Rechte Gebrauch zu machen. (Z. V, 46. ad b.)

2. Gründe für die Anwendung dieser Bestimmung sind z. B. folgende: Der Vater ist ein Trunkenbold und die Mutter eine brave Frau. Da kann die Erziehung auch der Kinder über sechs Jahren wohl von dem Gerichte dieser anvertraut und der Vater zu einem angemessenen Beitrag angehalten werden. (Z. XXII. 55, Nro. 26.) Oder das Kind bedarf besonderer Pflege und findet diese besser bei der Mutter (OG. 1885, Nro. 3.) Ebenso umgekehrt; wenn die Mutter liederlich und der Vater solid ist, kann auch das kleine Kind jener entzogen und dieselbe unter Umständen angehalten werden, nach Analogie des § 638 dem Vater einen Beitrag an die Pflege- und Erziehungskosten zu geben. Oder die Frau ist kränklich und das Kind darum beim Vater besser aufgehoben. (Z. IX, 234, Nro. 10.)

3. Schulpflichtiges Alter s. § 637, 2.

4. Dies gilt auch für die Zeit der bewilligten faktischen Trennung oder der Temporalscheidung der Ehegatten. (Z. XVI, 208.)

§ 640.

[226]. Das Gericht kann auf Begehren der Parteien in dem Scheidungsurtheile nähere Bestimmungen darüber treffen, ob, wie oft und wo dem Theile der Eltern, dessen Sorge die Kinder nicht überlassen sind, gestattet sei, dieselben zu sehen und zu sprechen. Im Uebrigen ist der Bezirksgerichtspräsident befugt, das im einzelnen Falle später Erforderliche zu verfügen.

1. Das normale Verhältniß der Eltern zu den Kindern, welches freilich durch die Scheidung der Ehegatten immer verschoben wird, rechtfertigt zunächst das Verlangen, sei es des Vaters, die der Mutter überlassenen Kinder, sei es der Mutter, die vom Vater erzogenen Kinder von Zeit zu Zeit zu sehen und zu sprechen. Aber im Einzelnen kann unter den ohnehin meistens wider einander verstimmten Eltern leicht Streit entstehen über die Ausdehnung und Art solcher Begegnung, in einzelnen Fällen sogar es im Interesse der Kindererziehung liegen, daß dieselbe in möglichst enge Grenzen eingeschlossen oder geradezu verhindert werde, letzteres freilich nur sehr selten und niemals ganz absolut. Das Gericht kann darüber schon in dem Scheidungsurtheil Näheres anordnen, z. B. gestatten, daß die Kinder wöchentlich einmal den Vater oder die Mutter, bei denen sie nicht wohnen, besuchen dürfen. Aber der Wechsel des Lebens und seiner Bedürfnisse wird oft mit so allgemeinen Regeln, die sich gleich bleiben, nicht ausreichen. Deßhalb wird der Gerichtspräsident ermächtigt, nach Prüfung der Umstände, wenn es nöthig wird, abweichende oder genauere Verfügungen zu erlassen; er kann auch, wo eine Bestimmung im Urtheil fehlt, daß und wie oft die Kinder dem andern Theile der Eltern zu überlassen seien, dießfalls von sich aus das Angemessene verfügen. (Z. X, 285; XIV, 140; XIX, 143, Nro. 12.)

2. Die Frage der Theilnahme des der Mutter überlassenen Kindes an einer Ferienreise des Vaters ist lediglich der Mutter überlassen; da hat der Vater und der Gerichtspräsident nichts dazu zu sagen. (Z. XXII, 46, Nro. 20.)

§ 641.

[227]. Ergibt es sich bei Gelegenheit eines Scheidungsprozesses, daß die Erziehung der Kinder vernünftiger Weise dem Vater nicht anvertraut werden darf, so hat das Gericht hievon dem Waisenamte zum Behufe weiterer vormundschaftlicher Maßregeln Kenntniß zu geben.

1. Vgl. § 683. Wenn das Gericht in Anwendung des § 639 ein über fünf Jahre altes Kind der Mutter zur Obsorge zuweist, so hat es davon dem Waisenamte Kenntniß zu geben. Findet das Gericht, es könne das Kind weder dem Vater noch der Mutter mit Beruhigung überlassen werden, so stellt es die Verfügung über dasselbe ausschließlich den Waisenbehörden anheim. (Z. VIII, 40, Nro. 23.)

Viertes Kapitel.

Ungültige Ehen und Konkubinat.

§ 642.

[115]. In den Fällen, in welchen gemäß Art. 51 des Bundesgesetzes betreffend Civilstand und Ehe von Amtes wegen auf Nichtigkeit einer Ehe geklagt werden muß, ist es Sache der Staatsanwaltschaft, die Klage unmittelbar bei dem Gerichte einzuleiten und durchzuführen.

1. Dieses Kapitel ist erst von der kantonsräthlichen Kommission nach der Redaktion von Obergerichtspräsident Dr. Sträuli wieder aufgenommen worden, da die Expertenkommission lediglich auf das eidg. Civilstandsgesetz abgestellt hatte. Der angeführte Art. 51 dieses Gesetzes sagt:

„Auf Nichtigkeit der Ehe ist von Amtes wegen zu klagen, wenn sie entgegen den Bestimmungen des Art. 28 Ziff. 1, 2 und 3 abgeschlossen worden ist";

und Art. 28 Ziff. 1—3 lautet:

„Die Eingehung der Ehe ist untersagt

1. Personen, die schon verheirathet sind;
2. wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft:
   a. zwischen Blutsverwandten in allen Graden der auf- und absteigenden Linie, zwischen vollbürtigen Geschwistern und Halbgeschwistern, zwischen Oheim und Nichte, zwischen Tante und Neffe, gleichviel beruhe die Verwandtschaft auf ehelicher oder außerehelicher Zeugung;
   b. zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, Stiefeltern und Stiefkindern, Adoptiveltern und Adoptivkindern;
3. Geisteskranken und Blödsinnigen."

2. Diesen Nichtigkeitsgründen (impedimenta dirimentia) stehen diejenigen gegenüber, welche nur auf Klage einer Partei hin zur Geltung kommen (impedimenta impedientia). Sie sind enthalten in den Art. 50, 52, 53 des Civilstandsgesetzes, s. Anhang.

§ 643.

[neu]. Durch Eingehung einer nichtigen Ehe erwirbt die Frau nicht das **Bürgerrecht** ihres Mannes. Wird die Ehe als nichtig erklärt, so verliert die Frau auch den **Geschlechtsnamen** des Mannes.

1. Diesen Satz scheint die logische Konsequenz der Nichtigkeit der Ehe zu fordern. Indessen ist in der Kommission gezweifelt worden, ob dieser Paragraph zu Recht bestehen könne angesichts des Art. 55 des Civilstandsgesetzes, welcher lautet:

„Wird eine Ehe nichtig erklärt, bei der sich beide Ehegatten in gutem Glauben befanden, so begründet dieselbe sowohl für die Ehegatten als für die aus der Ehe hervorgegangenen oder durch dieselbe legitimirten Kinder die bürgerlichen Folgen einer giltigen Ehe.

Befand sich nur einer der Ehegatten in gutem Glauben, so hat die Ehe nur für diesen und für die Kinder die bürgerlichen Folgen einer giltigen Ehe.

Waren endlich beide Ehegatten in bösem Glauben, so treten die bürgerlichen Folgen einer giltigen Ehe nur für die Kinder ein."

Es frägt sich also, was hier unter den **bürgerlichen Folgen** zu verstehen sei. Die Kommission war der Ansicht, daß damit die **civilrechtlichen** Folgen gemeint seien, also namentlich das Intestaterbrecht, das Pflichttheilsrecht, der Grundsatz, daß pater est quem nuptiæ demonstrant und die daherige gegenseitige Alimentationspflicht zwischen Mann und Kind, die väterliche Vormundschaft und Nutznießung des erstern, nicht dagegen Folgen des **öffentlichen** Rechtes, zu denen namentlich das Bürgerrecht gehört. Es wurde gesagt, daß eine entgegengesetzte Interpretation recht schlimme Folgen für eine Schweizerin, die in guten Treuen einen Fremden, der

vielleicht schon verheirathet war und sie getäuscht hat, haben könnte: In dessen Heimat würde sie sammt ihren Kindern nicht als Bürgerin anerkannt, und in der Schweiz würde man ihnen sagen, daß sie nicht Schweizer seien, sondern Bürger der Heimat des Mannes, und so würden sie heimatlos sein. Auch die schweizerischen Kantone selbst erschienen dadurch benachtheiligt, indem die auswärtigen Staaten die gewesene Schweizerin in einem solchen Falle nicht als ihre Bürgerin anerkennen, dagegen wohl keinen Anstand nehmen würden, bei ihrer eigenen in nichtiger Ehe an einen Schweizer verheiratheten Bürgerin sammt den Kindern das Schweizerbürgerrecht geltend zu machen.

Indessen steht die letzte Entscheidung hierüber dem Bundesgerichte zu, und von demselben ist seit Beendigung der Berathungen über das privatr. GB., nämlich am 1. Juli 1887 an der Hand von G. Meyer, deutsches Staatsrecht 2. Aufl. p. 182 und 183, Nro. 7 und in Uebereinstimmung mit dem Rechte Deutschlands und Frankreichs die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen worden. Ja es wurde dies sogar auf eine Ehe angewendet, die vor dem Inkrafttreten des Civilstandsgesetzes entgegen dem Konkordat von 1820 geschlossen worden war, so daß erst die Nichtigerklärung der Frau das Bürgerrecht verschaffte, welches ihr s. Z. die Ehe nicht verschafft hatte. Es muß dabei anerkannt werden, daß wenn die Schweizerin durch eine nichtige Ehe das fremde Bürgerrecht nicht erwirbt, sie damit auch nicht ihr Schweizerbürgerrecht verliert.

Danach ist nun wohl unser § 643 nicht mehr haltbar gegenüber derjenigen Ehefrau, welche sich in gutem Glauben befunden hat (sogen. putativen Ehefrau).

§ 644.

[116, 121]. Wenn die Ehe als nichtig erklärt wird, so treten bezüglich der Herausgabe des Weibergutes, der Verlobungsgeschenke und der Hochzeitsgaben dieselben Folgen ein wie im Falle der Ehescheidung (§§ 626 bis 628). Ebenso ist auch der unschuldige Theil berechtigt, von dem schuldigen eine Entschädigung zu begehren, welche nach Maßgabe der §§ 629 bis 636 zu beurtheilen und zu bemessen ist.

1. Die alten §§ 116 u. 121 gaben dem unschuldigen Theil nur dann eine Entschädigungsforderung, wenn er das eheliche Zusammenleben unverzüglich abgebrochen hatte, sobald ihm das Ehehinderniß zur Kenntniß gekommen war. Diese Beschränkung ist als nicht begründet fallen gelassen worden.

§ 645.

[311]. Die Erklärung der Nichtigkeit einer Ehe hat keinen Einfluß auf das Bürgerrecht der in dieser Ehe erzeugten oder durch dieselbe legitimirten Kinder.

Mit Bezug auf deren Unterhalt und Erziehung kommen die Bestimmungen der §§ 637 bis 641 zur Anwendung.

1. Der frühere § 311 hatte die Kinder aus einer nichtigen Ehe den unehelichen Kindern des Mannes, die Kinder aus einer Putativehe den Brautkindern gleich gestellt.

Der neue § 645 steht auch nach der Interpretation des Bundesgerichtes in Uebereinstimmung mit § 55 des Civilstandsgesetzes, s. § 643, 1.

§ 646.

[115]. Das Konkubinat ist untersagt. Die Gemeindräthe sind verpflichtet, sobald ein solcher Fall zu ihrer Kenntniß gelangt, hievon dem Statthalteramte Mittheilung zu machen, welches die erforderlichen Verfügungen zur Aufhebung des Verhältnisses unter Androhung strafrechtlicher Verfolgung wegen Ungehorsames erläßt.

1. Auch das Konkubinat d. h. die ohne civile Trauung geschehende Geschlechtsgemeinschaft von Mann und Frau, wohin namentlich auch das Halten einer Maitresse gehört, ist nicht erst auf Klage, z. B. der Ehefrau, hin, sondern von Amts wegen zu verfolgen.

2. Der alte § 115 legte auf das Konkubinat selbst eine Strafe; aber schon im Jahre 1872 erklärte das Obergericht (OG. 1872 p. 36 f., Z. XXIII, 145), daß mit dem Erlasse des neuen Strafgesetzbuches dies weggefallen sei; es könne daher das Konkubinat nur noch insofern gestraft werden, als darin zugleich ein im Strafgesetzbuche vorgesehenes Vergehen liege, z. B. Erregung öffentlichen Aergernisses oder Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen. Damit aber das letztere dieser Vergehen angenommen werden kann, ist nothwendig, daß in der Verfügung, welche die Fortsetzung des Verhältnisses untersagt, die Strafe des Ungehorsams angedroht worden sei. (Strafgesetzb. § 80.) Anders verhält es sich, wenn in dem Konkubinate zugleich ein Ehebruch liegt. Dieser ist ohne Weiteres strafbar; er kann aber nur auf Klage des beleidigten Ehegatten hin strafrechtlich verfolgt werden (Strafgesetzb. § 118).

Zweiter Abschnitt.

Von dem Eltern- und Kindesrechte.

Erstes Kapitel.

Eheliche Kinder.

A. Rechte und Pflichten der Eltern.

§ 647.

[131]. Für Kinder, welche in der Ehe erzeugt oder in der Ehe geboren werden, besteht die Rechtsvermuthung des ehelichen

Standes. Sie erhalten mit der Geburt den Geschlechtsnamen und das Bürgerrecht des Vaters.

1. Der Bericht der Expertenkommission an den Regierungsrath sagt: „Das Elternrecht ist rationeller als es bis dahin der Fall war disponirt worden. Außer den durch die neuern kantonalen und eidgenössischen Gesetze bedingten werden hier keine wesentlichen Aenderungen vorgeschlagen."

2. Der Grundsatz dieses Paragraphen ist im römischen Recht ausgesprochen in dem viel gebrauchten Sprichwort pater est quem nuptiæ demonstrant.

§ 648.

[132]. Fällt der Zeitpunkt der Geburt eines Kindes innerhalb dreihundert Tage nach der Aufhebung der Ehe, so besteht die Vermuthung, daß dasselbe noch während der Ehe erzeugt worden sei.

1. Innerhalb dreihundert Tage. Das alte zürcherische Matrimonialgesetz § 57 hatte die Frist auf vierzig Wochen bestimmt, das preußische Landrecht II. 2, § 19 dehnt sie auf dreihundertzwei Tage aus, das österreichische Gesetz § 138 auf zehn Monate, das sächsische Gesetz § 1771 auf 302 Tage. Die in das Gesetz aufgenommene Bestimmung findet sich auch in anderen schweizerischen Gesetzen, z. B. von Bern § 143, Solothurn § 243, Aargau § 158, Graubünden § 57.

2. Vermuthung. Die Vermuthung kann durch den Beweis der Unmöglichkeit der Zeugung von Seite des Ehemannes zerstört werden.

§ 649.

[133]. Wird ein Kind zwar während der Ehe geboren, aber bevor diese einhundertundachtzig Tage gedauert hat, so wird, falls der Ehemann Einsprache erhebt und den Nachweis leistet, entweder daß die Ehefrau ihm ihre Schwangerschaft bis nach Vollziehung der Ehe verheimlicht oder daß sie wissentlich eine falsche Angabe über die Dauer derselben gemacht habe, die Vermuthung für den ehelichen Stand des Kindes aufgehoben. Dieselbe wird aber wieder hergestellt sowohl durch den Gegenbeweis, als durch den von der Ehefrau zu führenden Nachweis, daß der Mann schon vor der Eingehung der Ehe vertrauten Umgang mit ihr gepflogen habe.

1. Wird das Kind schon so frühzeitig in der Ehe geboren, daß auch bei der günstigsten Interpretation doch unmöglich angenommen werden kann, es sei in der Ehe erzeugt worden — das Gesetz nimmt dieß an, wenn das Kind innerhalb hundertachtzig Tagen seit der Eingehung der Ehe geboren ist —, dann wird dem Ehemann, der sich weigert, das Kind als sein Kind anzuerkennen, die Entkräftung der Rechtsvermuthung für die eheliche Kindschaft erleichtert. Er braucht nicht die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft nachzuweisen, sondern es genügt, daß er entweder für die Verheimlichung der Schwangerschaft von Seite der Braut oder für wissentlich falsche Angaben dieser über die Dauer derselben den Beweis führe, also eine Täuschung durch die

Braut herstelle, indem für diese kein Grund war, ihn zu täuschen, wenn er wirklich der Vater des Kindes war.

2. Die Frau kann aber hinwieder die Beweisführung des Mannes entkräften und daher die Rechtsvermuthung zu Gunsten der ehelichen Kindschaft wieder herstellen nicht bloß durch den Gegenbeweis, sondern ebenso durch den Nachweis, daß der Mann ihr vor der Ehe beigewohnt habe. Gelingt ihr das, so bleibt dem Manne immer noch der im § 650 bezeichnete Gegenbeweis offen.

3. Einhundertundachtzig Tage, so Aargau § 158, Bern § 143. Das österr. Gesetzb. verlangt 6 Monate mit dem römischen Recht (l. 12 D. de statu hominum 1, 5), was nach l. 3 § 12 D. de suis et legit. 38, 16 gleich 182 Tagen gerechnet wird; letztere Ziffer setzt auch das preuß. Landr. Th. II, 2 § 2 und das sächsische Gesetzb. § 1771 fest.

§ 650.

[134]. Ueberdies ist der Ehemann berechtigt, gegen den ehelichen Stand eines Kindes Einsprache zu erheben, insofern er den Beweis leistet, daß er der Ehefrau während der Zeitfrist von dreihundert bis auf einhundertundachtzig Tage vor der Geburt des Kindes nicht beigewohnt habe.

1. Diese Bestimmung gilt auch für die nach hundertundachtzig Tagen in der Ehe geborenen Kinder. Es ist das der Beweis der Unmöglichkeit der Zeugung von Seite des Ehemannes, ein Beweis, der freilich mit Erfolg fast nur dann geführt werden kann, wenn die Abwesenheit des Mannes innerhalb dieser Frist oder die offenbare Impotenz desselben während derselben vorliegt. (Mit dieser Behauptung seiner Impotenz wird nach dem französ. code civil Art. 313 der Mann nicht gehört). Der Beweis muß aber geführt, der Richter von der Wahrheit der Behauptung überzeugt werden, und es genügt keineswegs etwa das Zugeständniß eines Ehebruchs von Seite der Mutter. Mehr Gewicht dagegen hat das Zugeständniß derselben, während der ganzen kritischen Zeit keinen Umgang mit dem Ehemann gepflogen zu haben, sofern es den Umständen nach als glaubwürdig erscheint. Zwar genügt dasselbe für sich allein auch nicht zur Herstellung des Beweises gegen die Rechtmäßigkeit des Kindes, weil es mit diesem Beweise im Interesse des Kindes selbst nicht leicht genommen werden darf, aber es bildet dieses Geständniß immerhin ein bedeutendes Indicium. (Z. VI, 276.)

2. Wenn die Ehe innerhalb der Zeitfrist von hundertundachtzig Tagen geschlossen worden ist, so genügt der Beweis des Ehemannes, daß er seit Vollziehung der Ehe seiner Frau niemals beigewohnt habe, nicht, sondern er muß noch ferner beweisen, daß er auch vor Eingehung der Ehe während der kritischen Zeit von dreihundert Tagen bis auf hundertundachtzig Tage vor der Geburt des Kindes seiner Frau nicht beigewohnt habe. (Z. XIV, 39; vgl. auch Z. XII, 77, Nro. 13.)

§ 651.

[136]. Die Einsprache erlöscht, wenn sie nicht innerhalb Monatsfrist, seitdem die Geburt zur Kenntniß des betheiligten Mannes oder dessen Erben gekommen ist, bei dem zuständigen Friedensrichteramte eingeleitet wird.

1. Friedensrichteramt. Der alte § 136 sagte Pfarramt. Es ist aber das Pfarramt überhaupt nicht mehr Sühnbehörde.

2. Zuständig ist in der Regel das Friedensrichteramt des Wohnortes des Ehemannes, weil da auch das rechtliche Domicil der Frau ist, möglicher Weise aber auch das des Wohnortes der Mutter und ihrer Kinder, z. B. wenn jene im Lande geblieben ist und der Mann seinen Wohnort hier aufgegeben hat, wohl eher als der Heimatsort. Das Prozeßgesetz enthält hierüber keine Bestimmung.

§ 652.

[135]. Die Erben des Ehemannes sind zu solcher Einsprache nur insofern berechtigt, als der Ehemann entweder noch selbst solche erhoben hat oder vor Ablauf der Einsprachefrist gestorben ist und inzwischen das Kind in keiner Weise anerkannt hat.

1. Das Recht, den ehelichen Stand des nach der Vermuthung des Gesetzes ehelichen Kindes anzufechten, wird zunächst nur dem Ehemanne selbst, seinen Erben aber nur unter wichtigen Beschränkungen gestattet. Hat der Ehemann das Kind anerkannt, so können seine Erben diese Anerkennung auch dann nicht unwirksam machen, wenn sie den Beweis der Unmöglichkeit, daß er das Kind erzeugt habe, führen wollten. Z. B. ein Ehemann kehrt von einer Reise zurück und erfährt nun, daß die Frau, nachdem er schon über dreihundert Tage von ihr entfernt gewesen, ein Kind geboren habe. Läßt sich der Mann dieses Kind als sein Kind gefallen, so gilt dasselbe auch vor dem Gesetz als Ehekind und die Erben des Mannes können dieses Resultat nicht mehr ungeschehen machen. Wohl aber können die Erben eine von dem Ehemanne selbst noch erhobene und nicht beseitigte Einsprache fortsetzen und selbst von neuem die Einsprache erheben, wenn der Ehemann vor Ablauf der kurzen Verjährungsfrist (§ 651) verstorben ist, ohne das Kind irgendwie anerkannt zu haben.

§ 653.

[137]. Der Beweis oder das Zugeständniß eines Ehebruches der Mutter, welcher in den Zeitraum der möglichen Zeugung fällt, ist unerheblich für den ehelichen Stand des Kindes.

1. Das Gesetz schützt den ehelichen Stand des Kindes auch den Eltern gegenüber. Gesetzt z. B., der Ehemann würde behaupten, das rechtzeitig während der Ehe geborene Kind sei von einem Dritten, nicht von ihm, erzeugt worden, und die Ehefrau würde das zugestehn, so würde damit der eheliche Stand des Kindes keineswegs verneint sein. Das Kind selbst hat ein Recht auf die in der Ehe begründete Rechtsvermuthung, und diese wird durch den Beweis des Ehebruchs nicht beseitigt, da es immerhin möglich ist, daß sowohl der Ehemann als der Ehebrecher während der Zeit von 300 bis 180 Tagen vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt habe. (Z. VI, 276.)

§ 654.

[251, 258]. Die Eltern haben das Recht und die Pflicht der Erziehung ihrer Kinder.

Die Kosten für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder hat in erster Linie der Vater zu tragen; in zweiter Linie liegt die Pflicht der Mutter ob, soweit das eigene Vermögen der Kinder hiezu nicht ausreicht.

1. Das Recht und die Pflicht der Erziehung ist beiden Eltern gemeinsam. Aber die Einheit der Leitung wird wieder, wie in dem Güterrecht der Ehegatten, durch die übergeordnete Stellung des Vaters gewahrt. (§ 657.)

Nach dem Tode des Vaters steht der Mutter das Recht auf die Erziehung der gemeinsamen Kinder zu. Dasselbe kann ihr durch letztwillige Verordnung des Vaters nicht entzogen werden und durch die Vormundschaftsbehörden nur, wenn Gründe hiefür vorhanden sind. (Z. XI, 190; XIV, 421, Nr. 99.) Vgl. § 903.

2. Vgl. § 587. Die Kosten, welche die Erziehung und Berufsbildung der Kinder erfordert, liegen dem Vater ob. Nur ganz ausnahmsweise, soweit sein eigenes Vermögen und sein Erwerb nicht ausreicht, darf er dafür das Vermögen der Kinder in Anspruch nehmen. (Z. X, 315, Nro. 9.) Vgl. § 676.

3. Der Vater ist auch berechtigt, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen und vor Allem aus zu verlangen, daß dasselbe in seiner Haushaltung unter seiner Obhut verbleibe. (B. XVIII, 358; Z. I, 317.) Aber er muß von diesem Rechte einen vernünftigen Gebrauch machen, bei Ausübung desselben das Wohl des Kindes im Auge behalten und nicht durch andere Rücksichten sich leiten lassen. Er darf nicht, nur um seiner Frau wehe zu thun, die in Folge von Zerwürfnissen sich zeitweilig von ihm getrennt hat, das noch im zartesten Alter befindliche, der mütterlichen Pflege bedürftige Kind ihr wegnehmen und fremder Pflege übergeben. (Z. X, 314, Nro. 8; XVI, 217, Nro. 18; XVIII, 42, Nro. 11; XIX, 147, Nro. 15; XX, 171, Nro. 23.) Das Recht des Vaters, über das Kind zu verfügen, beruht ferner auf der Voraussetzung, daß er nach Kräften für dasselbe sorge. Hat er bisher diese Sorge einem andern überlassen, so kann er diesem nicht willkürlich das Kind entziehen, sondern muß, wenn er dasselbe zu sich nehmen will, nachweisen, daß er die Mittel und den Willen habe, nunmehr seine Vaterpflichten zu erfüllen. (Z. XXII, 53 ff., Nro. 25 u. 26.)

4. In zweiter Linie u. s. w. Dieser Satz ist neu hinzugefügt, entspricht aber eben so sehr der Natur wie dem bisherigen zürcherischen Rechte und geht auch aus den §§ 441, 587, 637, 638 hervor; es war aber gewiß am Platze, neben der Alimentationspflicht des Vaters auch diejenige der Mutter grundsätzlich auszusprechen, während das bis dahin nur bei der unehelichen Mutter geschehen war, § 694.

5. Der Mutter darf die Erziehung der Kinder nicht deßhalb entzogen werden, weil der verstorbene Vater in seinem Testament dies angeordnet, und verfügt hat, daß statt ihrer eine tüchtige Erzieherin angestellt werde. (Z. XI, 190; XIV, 421, Nro. 99.)

§ 655.

[252]. Zur Erziehung gehört sowohl die körperliche Pflege, als die Sorge für eine gesunde und angemessene Entwicklung der gemüthlichen und

geistigen Kräfte, insbesondere auch die Sorge für religiöse und moralische Bildung und für gehörigen Schulunterricht und Berufsbildung.

1. Der Antrag, die Worte „für religiöse und moralische Bildung" zu streichen, da diese Richtung der Erziehung schon in der „Sorge für die gesunde Entwickelung der gemüthlichen Kräfte" inbegriffen sei, blieb in Minderheit, indem dagegen bemerkt wurde, daß eben diese Ausführung die beiden wichtigsten Seiten der Erziehung, die religiöse und moralische Bildung einerseits und die Verstandes- und Berufsbildung andererseits als die beiden Hauptrichtungen hervorhebe.

2. Bluntschli's Entwurf hatte einen ferneren Paragraphen des Inhalts beigefügt: „Die Kinder sind ihren Eltern jederzeit Achtung und Ehrerbietung und bis zu erlangter Volljährigkeit kindlichen Gehorsam schuldig." Derselbe entsprach den §§ 371 und 372 des französischen code civil. Die Mehrheit der Kommission beschloß aber die Weglassung desselben, theils aus Besorgniß, es könnte die Vorschrift des Gehorsams politisch dazu mißbraucht werden, daß der Vater das Stimmrecht des Sohnes verkümmere, oder auch sonst, um von den Kindern ungehörige Dinge zu verlangen, theils von der Ansicht ausgehend, es sei das eine bloß moralische, keine Rechtsvorschrift. Dagegen wurde bemerkt, der kindliche Gehorsam sei kein absoluter, sondern ein durch die Unterordnungs- und Pietätsverhältnisse zugleich gebotener und beschränkter, die Scheidung des politischen und Privatrechts sei überdem unter uns zu vollem Verständniß gelangt und eine darauf bezügliche Begriffsverwirrung nicht zu fürchten, endlich die Vorschrift sei wohl wesentlich moralisch, aber insofern Rechtswirkungen aus derselben hervorgehen, zugleich eine Rechtsregel. Im Gegentheil sei es höchst bedenklich, das Prinzip des kindlichen Gehorsams, ohne welches ein sittliches Familienleben nicht bestehen könne, in einer Zeit zu schwächen oder zu verleugnen, in welcher die Kinder nur zu geneigt seien, sich eine grundlose und frühreife Selbständigkeit anzumaßen. Mit Rücksicht auf diese Gegenbemerkungen wurde dann im § 662 ein Zusatz aufgenommen, welcher der elterlichen Zucht und des von den Kindern geschuldeten Gehorsams ausdrücklich erwähnt.

§ 656.

[256.] Bei der Bestimmung zu einem Berufe ist auch auf die Anlage und die Neigung des Kindes Rücksicht zu nehmen.

1. Zwei irrige Ansichten sind zu vermeiden, die eine, daß es lediglich von der Willkür der Eltern abhänge, das mündige Kind zu einem Berufe zu nöthigen, die andere, daß dasselbe mit eigener Willkür den Beruf bestimme, zu welchem es erzogen werden will. Die erstere geräth in Widerspruch theils mit den auf göttlicher Ordnung beruhenden Anlagen und der natürlichen Bestimmung des Individuums zu einem gewissen Berufe, theils mit der individuellen Freiheit und Wohlfahrt des Individuums. Die letztere widerstreitet der ebenfalls auf göttlicher Einrichtung beruhenden Ordnung der Familie und der natürlichen Unerfahrenheit der noch unentwickelten, der Leitung der Eltern bedürftigen Jugend. Das Recht und die Wahrheit liegt auch hier nicht in einseitiger Berücksichtigung nur des einen Momentes, sondern in richtiger Verbindung beider. Zunächst werden die Eltern, und zwar im Interesse des Kindes, nicht aus Selbstsucht, die Erziehung für den Beruf anordnen, und die Regel ist, daß jenes

dieser Leitung willig folge. Wenn aber die Eltern eine Anordnung treffen, die in entschiedenem und offenem Widerspruch ist mit der natürlichen Bestimmung des Kindes, so muß diesem auch die Möglichkeit gegeben sein, die Hülfe der Obervormundschaft anzurufen, § 663.

§ 657.

[259]. Sind Vater und Mutter über die Erziehung ihrer Kinder oder die Bestimmung zu einem Berufe verschiedener Meinung, so gebührt dem Vater das entscheidende Wort.

1. Dieser Satz folgt aus dem Prinzip, daß der Ehemann das Haupt der Ehe ist, § 585. Anders verhält es sich, wenn in Folge einer Scheidung die Kinder auch nach dem Eintritt in das schulpflichtige Alter der Mutter zur Erziehung überlassen werden, s. § 639, 641.

§ 658.

[260]. Derselbe Grundsatz gilt auch für die religiöse Erziehung der Kinder aus konfessionell gemischten Ehen. Verträge der Ehegatten über die Erziehung in einer bestimmten Konfession, seien sie vor oder während der Ehe abgeschlossen worden, haben keine bindende Kraft.

1. Den Ehegatten bleibt es unbenommen, sich über die konfessionelle Erziehung ihrer Kinder zu verständigen. Dieselbe ist der Anordnung der Familie anheim gestellt und der Staat übt keinerlei Zwang aus, weder im Interesse der einen noch der andern christlichen Konfession. (Z. XII, 232, Nro. 120.) Bekennt sich z. B. der Vater zu der reformirten Kirche, die Mutter zu der katholischen, so können die Eltern alle ihre Kinder in der reformirten oder in der katholischen Konfession, oder die Söhne in jener, die Töchter in dieser erziehen, ohne Hinderung des Staates. Sind aber die Eltern nicht einig, dann gibt der Wille des Vaters den Ausschlag, wie in andern Fragen der Erziehung. S. Bundesgesetz betr. die gemischten Ehen vom 3. Dez. 1850 (Eidg. Amtl. S. Bd. II, 130) Art. 6: „Ueber die Religion, in welcher die Kinder aus gemischter Ehe zu erziehen sind, entscheidet der Wille des Vaters." Den Kirchen freilich kann es nicht verwehrt werden, eine moralische Einwirkung auf die Eltern zu versuchen, je im Sinne ihres Bekenntnisses; gegen äußere Zwangsmittel der Kirche aber schützt der Staat die Eltern.

2. *Die Verträge der Ehegatten haben keine bindende Kraft.* D. h. wenn im Verfolg auch nur einer der Ehegatten seine Ueberzeugung ändert, so ist er durch die frühere Zustimmung zu einem Einverständniß nicht gebunden. Das religiöse Bekenntniß ist nicht Gegenstand eines privatrechtlichen Vertrages. Da es den individuellen Glauben voraussetzt, so muß es sich ändern können, wenn dieser eine Umwandlung erlebt. Daher wird in Zukunft nicht mehr, wie das früher vorgeschrieben war, von Staats wegen den Verlobten das gegenseitige Versprechen abgefordert, daß sie ihre Kinder „in der Religion der Heimatgemeinde" erziehen wollen — eine Vorschrift, welche die Religion wie eine lokale Rechtsübung betrachtet hatte. Wenn aber die Verlobten etwa dem Pfarrer das Versprechen gegeben haben, ihre Kinder in seiner

Konfession erziehen zu wollen, so hat auch ein solches Versprechen keine bindende Kraft und es bleibt die individuelle Willensfreiheit gewahrt.

§ 659.

[253]. Hat das Kind die Mündigkeit erreicht, so ist es berechtigt, nach eigener freier Ueberzeugung sich für das eine oder andere religiöse Bekenntniß zu entscheiden.

1. Das religiöse Bekenntniß hat nur dann Grund und Wahrheit, wenn es dem inneren Glauben oder Bewußtsein entspricht, und am wenigsten da darf der individuellen Geistes- und Gewissensfreiheit Gewalt angethan werden. Selbst den Eltern ist hier kein Zwang zu verstatten. Bis zur Mündigkeit können sie wohl das Kind zum Unterricht in einer bestimmten Konfession anhalten und von jeder Theilnahme an abweichenden Religionsgebräuchen fern halten. Aber wenn das Kind das Alter der Mündigkeit erreicht hat, dann darf es auch mit individueller Freiheit sich über seinen Glauben aussprechen und sich für eine bestimmte Kirche, wenn auch im Widerspruch mit der Ueberzeugung der Eltern, erklären. Es gilt das nicht bloß von Kindern aus gemischten Ehen, sondern von allen Kindern überhaupt, und von selbst versteht sich, daß, was den mündigen Kindern als individuelles Recht zugestanden werden muß, noch weniger den volljährigen Individuen versagt werden kann. Am frühesten hat wohl das preußische Landrecht II. 2, § 84 ein derartiges Privatrecht anerkannt.

2. Die Mündigkeit, also das Ende des 16. Altersjahres, s. § 10.

§ 660.

[254]. Die Kinder sind verpflichtet, so lange sie noch unter der Vormundschaft stehen, die Eltern nach Kräften in ihrem Fortkommen zu unterstützen, und, nachdem sie volljährig geworden, dieselben im Falle des Bedürfnisses gemäß den §§ 441 und 442 nach ihren Kräften anständig zu unterhalten.

1. Unter der Vormundschaft d. h. bis zu ihrer Volljährigkeit, s. § 678.

2. Die minderjährigen Kinder sind als Glieder der Familie verpflichtet, auch ihrerseits, wenn nöthig, nach Kräften den Familienhaushalt zu unterstützen, ähnlich der Ehefrau § 587, vgl. § 668. Vgl. Sachsen § 1806.

3. Im Falle des Bedürfnisses. Im alten § 254 hieß es „im Verarmungsfalle". Durch die Aenderung soll hervorgehoben werden, daß die Unterstützungspflicht sich nicht auf die eigentliche Nothdurft beschränkt, sondern je nach der Fähigkeit der Kinder so weit auszudehnen ist, als ein anständiges Fortkommen der Eltern es erheischt.

§ 661.

[273]. Die Eltern dürfen von ihren Kindern niemals zum Konkurse getrieben werden.

1. Die Eltern. Der alte § 273 bestimmte dies nur mit Bezug auf den Vater; es ist jedoch kein Grund vorhanden, die Mutter hierin schlechter zu stellen. Demgemäß sind die §§ 108, 121 und 143 des Schuldbetreibungsgesetzes und § 62 der Verordnung abzuändern, vgl. Kreisschreiben des OG. vom 24. Dez. 1887, Nro. IV.

2. Vgl. § 612. Eine Forderung, ohne Unterschied des Grundes der Forderung. Im Uebrigen ist das beneficium competentiæ des römischen Rechts, d. h. die Einschränkung, daß die Kinder ihre Forderungen an die Eltern nur insofern geltend machen können, als diesen noch genug Vermögen übrig bleibt, um daraus ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können, unserm Rechte fremd. (B. III, 19, Nro. 35.)

§ 662.

[255]. Bedürfen die Eltern, sei es zur Verfolgung flüchtiger Kinder, oder zur Ausübung ihrer Zucht, oder um sich sonst den schuldigen Gehorsam zu verschaffen, einer amtlichen Mitwirkung und staatliche Beihülfe, so ist diese auf ihr Begehren zu leisten, jedoch innerhalb eines vernünftigen Maßes und nach Ermessen der betreffenden Beamten oder Behörden.

1. Vgl. § 655, 2. Das französische Gesetzbuch §§ 375 ff. gibt dem Vater das Recht, das liederliche Kind durch Vermittlung der Staatsgewalt einsperren zu lassen, und auch das Solothurner Gesetzbuch §§ 260 ff. enthält ausführliche Bestimmungen der Art über das Züchtigungsrecht der Eltern. Zürich hat vorgezogen, die Art und das Maß der Ausübung einer Zucht, zu welcher die Mitwirkung insbesondere der Polizei nöthig wird, oder die Mittel zu Erlangung kindlichen Gehorsams, der Bestimmung im einzelnen Falle zu überlassen. Unter Umständen kann allerdings die Einsperrung für einige Zeit nöthig und heilsam erscheinen, in andern Fällen auch die Verweisung in eine bestimmte Erziehungs- oder Besserungsanstalt und wieder in andern der Weg des gerichtlichen Befehlverfahrens ausreichen. (Z. I, 317.) Gegen Mißbrauch schützt theils die Prüfung der Behörde, theils das Recht der Beschwerde (Rekurs) an obere Behörden, das weder dem betheiligten Kinde, noch seinen Anverwandten verweigert werden darf.

2. Der Vater kann einem ungerathenen Kinde das Betreten seines Hauses untersagen, und wenn es nicht gehorcht, polizeiliche Hülfe in Anspruch nehmen. (Z. XXIII, 84, Nro. 12.)

3. Weigert sich eine Mutter, deren Scheidungsklage abgewiesen worden ist, dem Vater ein Kind zu verabfolgen, so ist sie durch den Gerichtspräsidenten dazu anzuhalten. (B. XVIII, 358; Z. V, 47.)

§ 663.

[257]. Die Vormundschaftsbehörden sind berechtigt, von sich aus oder auf eine bei ihnen angebrachte Beschwerde hin, wenn die Rechte und Interessen der Kinder augenscheinlich durch böswillige oder ungereimte Anordnungen oder Maßregeln oder offenbare und arge Vernachlässigung der Eltern in erheblichem Maße verletzt oder gefährdet werden, einzuschreiten

und nach freier Prüfung des Falles und auf die Einvernahme der Eltern hin, erforderlichen Falles unter Zuziehung von Anverwandten oder Lehrern der Kinder, das Nöthige zu verfügen, insbesondere außerordentliche Vormundschaft eintreten zu lassen.

1. Die Obervormundschaft darf nicht leicht einschreiten und sich die elterlichen Rechte anmaßen. Jede Bevormundung selbständiger und freier Menschen im Privatrecht ist verwerflich, und völlig unerträglich ist es, wenn der Staat mit kalter Hand in das Heiligthum der Familie eingreift, die Eltern lähmt und den Trotz der Kinder stärkt. Aber es gibt Fälle, wo das von den Eltern vernachlässigte oder unnatürlich gezwungene Kind zur Rettung seiner individuellen Entwickelung des obervormundschaftlichen Schutzes bedarf. (Vgl. § 683.)

B. Besondere Rechte und Pflichten des Vaters. (Väterliche Vormundschaft).

§ 664.

[261]. Der Vater ist von Rechtes wegen der **Vormund** seiner ehelichen Kinder. Als solcher verwaltet er ihr Vermögen und vertritt sie nach außen, soweit seine Befugnisse nicht durch gesetzliche Bestimmungen beschränkt sind.

1. Verwaltet. Seine Verwaltungsrechte sind ähnlich denen des Ehemannes über das Weibergut und so wenig wie diese einer regelmäßigen Kontrole der Obervormundschaft unterworfen. So weit er nicht durch § 666 beschränkt ist, kann er über die einzelnen Vermögensobjekte frei schalten und walten: er kann vorhandene Schuldtitel beliebig aufkünden oder veräußern und andere Titel dafür anschaffen; aber er ist den Kindern für allfällige Einbußen im Sinne des § 676 haftbar. (Z. XVII, 449.)

2. Vertritt dieselben nach außen, d. h. sowohl vor Gericht und den Behörden als im Verkehr. Soweit jedoch hiebei seine eigenen Interessen mit denen seiner Kinder kollidiren, kann er nicht zugleich als Vertreter der Kinder mitwirken, sondern es müssen die letztern durch einen außerordentlichen Vormund vertreten sein. (Z. III, 374.) Vgl. § 732 lit. a.

3. Die Aenderung gegenüber dem alten § 261 ist nur redaktionell.

§ 665.

[262]. Er ist befugt, das **bewegliche** Gut der Kinder gültig zu veräußern oder zu verpfänden.

1. Bewegliches Gut s. § 58.

2. Vgl. § 590.

§ 666.

[262]. Liegenschaften oder Erbschaften oder verfangenes Gut der Kinder darf der Vater nur veräußern oder verpfänden, wenn ein zu diesem Behufe bestellter außerordentlicher Vormund (§ 601) für die Kinder seine Zustimmung gibt. Ausgenommen hievon sind die Erbauskaufsverträge gemäß § 1078.

1. Vgl. § 592.

§ 667.

[263]. Der Vater hat das Recht, das Vermögen der Kinder, so lange dieselben unter seiner Vormundschaft stehen, zu gebrauchen und zu genießen.

1. Vgl. § 593. Dieses Recht des Vaters bezieht sich auf das ganze Vermögen der Kinder, mit einziger Ausnahme des in § 671 bezeichneten. (Z. II, 345, Nro. 29.) Dasselbe geht ihm nicht verloren, auch wenn er unter Vormundschaft gestellt wird. Vgl. § 682.

2. Das Obergericht hat erklärt, daß auch die väterliche Nutznießung wie die eheliche (§ 594) und wie der Arbeitsertrag (§ 668) an die Erfüllung der Pflicht des Mannes, für die Kinder zu sorgen, geknüpft sei; daß also, sobald er diese Verpflichtung nicht mehr erfülle, auch sein Zinsgenuß aufhöre (B. XIX, 29, Nro. 8), nur genüge dazu nicht der Umstand, daß Dritte freiwillig für die Kinder gesorgt haben, sondern es sei dafür ein Einschreiten der Behörden gemäß §§ 683 f. nothwendig. (Z. VII, 66, Nro. 18.)

§ 668.

[264]. Was das Kind durch seine regelmäßige Arbeit erwirbt, fällt dem Vater eigenthümlich zu, insofern derselbe die Kosten des Unterhaltes des Kindes bestreitet.

1. Regelmäßige Arbeit. Z. B. das Kind geht in eine Fabrik und erhält da Lohn für seine Arbeit. Dieser Lohn gehört zu den Einkünften der Haushaltung und fällt daher dem Vater zu, der hinwieder die Ausgaben des Haushaltes bestreitet.

2. Die Kosten bestreitet. Das ist auch dann der Fall, wenn der Vater das Tischgeld für das Kind bezahlt. (Bluntschli, zürch. Rechtsgesch. II, 191.)

3. Wenn volljährige Kinder in der Haushaltung des Vaters verbleiben und ihre Arbeit und Erwerb für letztern verwenden, so müssen die nothwendigen Bedürfnisse derselben ebenfalls auf Rechnung des gemeinsamen Haushaltes bestritten werden. (Z. II, 437, Nro. 127. So auch Kurkosten Z. IV, 298, Nro. 146.)

4. Das Recht des Vaters auf den Arbeitslohn der Kinder steht nach dem Tode des erstern der Mutter nicht zu. Wohl mag in manchen Fällen die Sache faktisch sich so machen, daß die in der Haushaltung der Mutter verbleibenden Kinder derselben

ihren Lohn überlassen, den sie dann für die Bedürfnisse des Haushaltes verwendet; aber einen Rechtsanspruch darauf hat sie nicht. (Z. 11, 346, Nro. 30.)

§ 669.

[265]. Wenn das Kind für seinen Unterhalt selber sorgt, so gehört, was dasselbe durch seine Arbeit verdient, ihm zu eigener Verwendung, vorbehalten die Bestimmung des § 660.

1. Selber sorgt, sei es aus Noth, weil der Vater nicht sorgt, sei es, weil der Vater ihm die Selbstsorge überläßt. Die Pflicht des Kindes, zur Unterstützung des elterlichen Haushaltes nach seinen Kräften mitzuwirken, wird dadurch nicht beseitigt. Diese Selbstsorge des Kindes kann möglicherweise auch in dem Hause des Vaters stattfinden. Das Kind kann an den Vater ein Kostgeld zahlen und den Verdienst für sich behalten.

§ 670.

[266]. Das Kind kann über das, was es durch außergewöhnlichen Fleiß erwirbt oder was ihm zu freier Verfügung geschenkt wird, selbständig verfügen, wenn es das Alter der Mündigkeit erreicht hat.

1. Außergewöhnlichen Fleiß. Z. B. Das Kind erwirbt einen Preis. Dieser gehört zu seinem Spargut.

2. Zu freier Verfügung geschenkt. Es gehören nicht alle Geschenke, z. B. die gewöhnlichen Pathengeschenke, hieher. Diese bilden zwar Spargut, aber das Spargut des minderjährigen Kindes ist doch nicht zu freier Verfügung des Kindes gestellt. (§ 671). Es sind daher nur solche Geschenke gemeint, welche in jener Absicht gegeben worden sind, wie z. B. sogenannte Taschengelder.

§ 671.

[267]. Ausgenommen von der väterlichen Nutznießung, nicht aber von der väterlichen Vormundschaft, ist das Spargut der Kinder und solches Vermögen, welches denselben mit der ausdrücklichen Bestimmung geschenkt oder hinterlassen worden ist, daß der Vater keine Nutznießung daran haben solle.

1. Das Spargut der Kinder wird vorzüglich gebildet durch die Geschenke der Pathen oder von Verwandten und Freunden in Gold und Kleinodien, Silbergeschirr, an Festen oder bei Familienanlässen, z. B. bei der Taufe und der Konfirmation, zu Weihnachten, Neujahr oder Ostern. Wird das Geld als Kapital angelegt, so wird das Spargut auch durch die Zinse desselben vergrößert.

2. Und solches Vermögen u. s. f. Es kann vorkommen, daß z. B. ein mütterlicher Anverwandter der Kinder diesen ein Legat vermacht, aber nicht will, daß dasselbe dem Vater dieser Kinder zugut komme. Er ordnet vielmehr an, daß die Zinse wieder im Interesse der Kinder zur Vermehrung ihres Kapitals verwendet werden sollen.

§ 672.

[268]. Die Obervormundschaft ist befugt, wo das Interesse der Kinder gefährdet erscheint und nicht aus moralischen Gründen im Interesse der Familie ein Eingriff in das Vermögen der Kinder gerechtfertigt wird, den Vater zur Sicherstellung ihres Vermögens oder eines Theiles desselben anzuhalten, soweit dies nach den Umständen möglich und thunlich ist.

Die Frage, ob und inwieweit Sicherstellung erforderlich sei, ist auf vormundschaftlichem Wege zu erledigen. Die Frage aber, ob eine von dem Vater angebotene Sicherstellung genüge, ist als Rechtssache zu behandeln, und der Entscheid hierüber in gleicher Weise herbeizuführen wie im Falle der §§ 606 und 608.

1. Absatz 1 und der erste Satz von Absatz 2 entsprechen, obgleich in der Referendumsausgabe angestrichen, dem bisherigen Wortlaute des Paragraphen; der Rest ist neu hinzugefügt, aber in seinem Inhalte ebenfalls altes Recht. (Z. XX, 350.)

2. Sicherstellung vgl. § 775.

3. Aus moralischen Gründen gerechtfertigt. Vgl. § 609. Das Interesse an der Erhaltung des Vermögens des Kindes ist nicht ein absolutes. Wo es sich um höhere, namentlich Pietätsinteressen handelt, wird auch ein Eingriff in dieses Vermögen von Seite des Vaters, ja selbst die Aufzehrung desselben unter Umständen gerechtfertigt. Z. B. schon für die höhere Berufsbildung des Kindes selbst, deren Kosten der Vater aus seinem Vermögen nicht zu bestreiten im Stande wäre.

4. Auf vormundschaftlichem Wege. Der Vater ist verpflichtet zur Sicherstellung, insofern eine Gefährdung des Vermögens das Bedürfniß derselben weckt und dieß der Obervormundschaft, der in solchem Falle die Obsorge für das Kind zusteht, klar gemacht wird, aber auch nur so weit als die Obervormundschaft es für nöthig und zweckmäßig erkennt. Zu einem Prozeß zwischen Vater und Kind vor den Gerichten ist keine Veranlassung, da es sich nur um die Art der vormundschaftlichen Verwaltung handelt. Zur Sicherstellung des Weibergutes dagegen kann der Mann von der Frau stets ohne Angabe eines Grundes angehalten werden, § 604.

§ 673.

[269]. Zur gesetzlichen Vertretung des Kindes im Sinne von Art. 30 des Schweizerischen Obligationenrechtes behufs Eingehung von Schulden ist die Zustimmung des Vaters und eines außerordentlichen Vormundes nothwendig.

Liegt eine solche nicht vor, wohl aber die Erlaubniß des Vaters, so wird dieser für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftbar.

Ebenso sind diejenigen Fälle zu behandeln, wo zwar eine ausdrückliche Ermächtigung des Vaters nicht vorgelegen hat, aber die Einwilligung desselben vernünftiger Weise vorausgesetzt werden konnte. Dies gilt auch dann, wenn eine Leistung für das Kind nützlich verwendet worden ist.

Vorbehalten bleibt die Haftung des Kindes selbst nach Maßgabe des Art. 33 des Schweizerischen Obligationenrechtes.

1. Das schweiz. OR. sagt diesfalls

Art. 30. „Minderjährige können nur mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter Verpflichtungen übernehmen.

Art. 33. Erfolgt keine Genehmigung, so ist jeder Theil befugt, die schon vollzogene Leistung zurückzufordern. Der nicht gebundene Theil jedoch haftet nur so weit, als die Leistung für ihn nützlich verwendet worden, oder als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäußert hat.

Hat er die andere Vertragspartei zu der irrthümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet, so ist er ihr für den verursachten Schaden verantwortlich."

2. Da der Vater dem ganzen Haushalt der Familie vorsteht und auch die Pflicht hat, die erforderlichen Auslagen für die Kinder auf sich zu nehmen, so ist in der Regel kein Grund für das Kind da, Schulden auf sich zu nehmen, und es darf die Stellung des Vaters auch nicht mißbraucht werden, um das Kind zu belasten und seine eigene Pflicht abzuschütteln. Ausnahmen aber sind zulässig, wenn sie durch besondere Gründe gerechtfertigt werden. Z. B. Auf einer Erbschaft, welche das Kind gemacht hat, haften Schulden, die nun gekündigt werden. Um dieselben abzuzahlen, muß ein neues Darlehen aufgenommen werden, offenbar lediglich um des Kindes willen, ohne daß auch dafür dem Vater eine andere Verpflichtung als die der Verwaltung obliegt. Da kann das Darlehen wohl mit Erlaubniß des Vaters auf den Namen des Kindes kontrahirt werden.

Zu den Schulden, welche mit Erlaubniß des Vaters eingegangen worden sind und für welche demnach dieser haftbar ist, sind in der Gerichtspraxis auch die Kosten eines mit Einwilligung des Vaters für den minderjährigen Sohn geführten Vaterschaftsprozesses und die der Gegenpartei zugesprochene Prozeßentschädigung gerechnet worden; dagegen nicht auch die über die Kindbett und die Taufe des Kindes entstandenen Auslagen, zu deren Ersatz der Sohn verurtheilt worden ist. (Z. I, 384; II, 347 ff., Nro. 31 u. 32; XIII, 230, Nro. 18.)

3. Außerordentlicher Vormund, vgl. §§ 599—601.

4. Nützlich verwendet. Z. B. der Sohn wird auf einer Reise krank und bedarf längerer Pflege des Arztes oder des Hauswirthes. Oder der als Lehrling oder Student abwesende Sohn läßt sich die erforderlichen Kleider machen. Da der Vater für die regelmäßigen Ausgaben der Familie zu sorgen hat, so wird er daraus allein Schuldner. Diesen Satz hat die Gerichtspraxis in einem Spezialfalle dahin modifizirt, daß die Schuldverbindlichkeit des Vaters nicht eintrete, wenn er den Sohn mit genügenden Geldmitteln versehen habe. (Z. XX, 174, Nro. 25.) Weniger zweifelhaft ist eine andere Entscheidung, wonach der für Bezahlung von Kleidern für den Sohn in Anspruch genommene Vater deßhalb freigesprochen wurde, weil dem Ansprecher bekannt war, daß der Sohn eine Anstellung habe, und den für die nothwendigen Bedürfnisse ausreichenden Gehalt für sich verwende. (Z. XX, 173, Nro. 24.)

§ 674.

[270]. Zur selbständigen Betreibung eines Berufes oder Gewerbes durch das Kind genügt die Zustimmung des Vaters.

Im Falle dieser Zustimmung haftet das Kind, soweit sein Vermögen reicht, der Vater für den Rest der Schuld.

1. Vgl. § 621. Der bisherige § 270 erklärte in diesem Falle das Kind nur soweit haftbar, als das ihm „zu selbständiger Wirthschaft überlassene eigene Vermögen" reichte. Das schweiz. OR. Art. 34 bestimmt aber, daß ein solches Kind mit seinem ganzen Vermögen aus denjenigen Geschäften hafte, welche zum regelmäßigen Betriebe des Berufes oder Gewerbes gehören, und demgemäß mußte der Paragraph abgeändert werden.

2. Zustimmung. Wie das schweiz. OR. Art. 34 sagt, kann dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt werden; nothwendig ist aber dazu selbstverständlich immer, daß der Vater Kenntniß von dem Geschäftsbetrieb des Kindes hat. (Z. IV, 170, Nro. 23; VIII, 44, Nro. 28.)

3. Selbständig. Ist das Kind in einem Berufe thätig, welchen der Vater betreibt, so wird im Zweifel angenommen, es leiste nur dem Vater Hülfe, das Geschäft gehe auf Rechnung des Letztern. (Z. IV, 452.)

§ 675.

[271]. Der Vater haftet dem Kinde für ungeschmälerte Herausgabe seines Vermögens.

1. Vgl. § 609. Was von diesem Vermögen noch in natura vorhanden ist, kann von dem Kinde vindizirt werden. Für das Mangelnde hat dasselbe nach § 676 eine Ersatzforderung in Geld.

§ 676.

[272]. Für das nicht mehr Vorhandene hat er Ersatz zu leisten, insofern er nicht nachzuweisen vermag, daß dasselbe entweder durch bloßen Zufall untergegangen oder im Interesse des Kindes selbst und ohne Vernachlässigung der auf dem Vater ruhenden Verpflichtungen verbraucht oder in der Noth der Familie in moralisch gerechtfertigter Weise für diese verwendet worden sei.

1. Durch bloßen Zufall. Die Meinung ist keineswegs die, die Grenze des Zufalls durch diesen Ausdruck enge zu ziehen. Vielmehr ist dieselbe, da der Vater keinesfalls für eine größere Sorgfalt haftet, als die er auf seine eigenen Angelegenheiten zu verwenden pflegt (diligentia, quam suis rebus adhibet), in weiterem Umfange zu bestimmen als bei andern Verwaltungen fremden Vermögens. Alles, was nicht einer zuzurechnenden Fahrlässigkeit zugeschrieben werden muß, ist Zufall, und in diesem Zusammenhang auch „bloßer Zufall".

2. Im Interesse des Kindes. Die bloße Verwendung für das Kind genügt freilich nicht; denn der Vater hat die Pflicht, für die regelmäßigen Bedürfnisse des Kindes auf eigene Kosten zu sorgen; und er darf daher nicht das Kapitalvermögen des Kindes dazu verwenden. Vergl. § 654, 2 Aber unter Umständen rechtfertigen sich doch außergewöhnliche Verwendungen der Art. Z. B. Ein Handwerker mit geringem Vermögen und beschränkten Einnahmen hat aus erster Ehe einen Sohn, der einiges Muttergut besitzt. Mit Hülfe eines Kapitaleingriffs in dieses wird es dem Vater möglich, dem talentvollen Sohne eine höhere Ausbildung, etwa auf einer Universität, zu verschaffen, ohne dasselbe nicht. Da wird der Vater nicht zum Ersatz verpflichtet, wenn er einen Theil dieses Vermögens so zu Gunsten des Kindes aufzehrt.

3. In der Noth der Familie. Auch für diese, nicht bloß für das Kind selbst, kann eine Kapitalverwendung geschehen, aus der keine Ersatzpflicht entsteht. (Vgl. §§ 672, 3, 609).

§ 677.

[274]. Im Konkurse des Vaters genießt die Forderung des Kindes auf Herausgabe seines Vermögens ein Vorzugsrecht gemäß den konkursrechtlichen Bestimmungen.

1. Gemäß den konkursrechtlichen Bestimmungen ein Vorzugsrecht. Der frühere § 274 sagte „das Vorrecht des Vogtgutes". Das Gesetz drückt sich nun allgemeiner aus in Voraussicht des bevorstehenden eidgen. Konkursgesetzes, s. § 611.

2. Die Forderung auf Herausgabe seines Vermögens, also nicht jede Forderung des Kindes an den Vater.

3. Die gewöhnliche Anwendung ist die, wenn der Vater in den Konkurs geräth während seiner vormundschaftlichen Verwaltung. Oder der Konkurs bricht nach erlangter Volljährigkeit des Kindes aus, aber bevor dasselbe vernünftiger und schicklicher Weise die Herausgabe seines Vermögens oder Sicherstellung dafür hat begehren und erlangen können. Auch dann noch wirkt jenes Vorzugsrecht. Wenn dagegen darüber hinaus der volljährige Sohn dem Vater vertraut und weder sein Vermögen herausfordert, noch, insofern es etwa dem Vater zum Nießbrauch verbleibt, sich Sicherheit geben läßt, und nun bricht über das Vermögen des Vaters der Konkurs aus, dann kann der Sohn dieses Vorrecht nicht mehr ansprechen und er stellt sich zu den laufenden Gläubigern. (Z. I, 313.) Vgl. § 848.

§ 678.

[275, 277]. Die väterliche Vormundschaft erlöscht, wenn das Kind das Alter der Volljährigkeit (Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit Art. 1) erreicht hat.

Sind zureichende Gründe vorhanden, die Vormundschaft über diesen Zeitpunkt hinaus fortdauern zu lassen, so ist eine obrigkeitliche Vormundschaft einzuleiten.

1. Eine Aenderung des bisherigen Gesetzes, übrigens nur in der Redaktion, ist nothwendig geworden durch das Inkrafttreten des eidgen. Handlungsfähigkeitsgesetzes vom 22. Juni 1881, in Kraft seit 1. Januar 1882, dessen Art. 1 bestimmt: „Die Volljährigkeit tritt für beide Geschlechter mit dem zurückgelegten 20. Altersjahr oder mit der Verheirathung ein".

2. Wird eine obrigkeitliche Vormundschaft angeordnet, so kann dieselbe wohl, muß aber nicht dem Vater übertragen werden, und wenn sie es wird, so ist dieselbe doch nicht mehr als väterliche Vormundschaft zu betrachten, sondern unterliegt allen Beschränkungen und Vorschriften wie jede andere obrigkeitliche Vormundschaft, also namentlich der fortgesetzten Kontrole der Obervormundschaft. Derartige Fälle sind, wenn das Kind wahnsinnig ist, oder als Verschwender erklärt werden muß, oder zur Zuchthausstrafe verurtheilt worden ist. Vgl. § 730.

§ 679.

[275, 276]. Die väterliche Vormundschaft erlöscht durch die Jahrgebung (Volljährigerklärung).

Die Jahrgebung setzt in der Regel die Zustimmung des Vaters voraus und geschieht durch die Vormundschaftsbehörden nach Maßgabe der §§ 832 u. ff.

1. Jahrgebung. Das schweiz. Handlungsfähigkeitsgesetz (s. § 678, 1) sagt in Art. 2: „Ein Minderjähriger, welcher das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, kann durch die zuständige Amtsstelle für volljährig erklärt werden. Die nähern Voraussetzungen und Formen der Jahrgebung bestimmt das kantonale Recht". Die Aenderung des Paragraphen in Absatz 2 ist bloß redaktionell.

2. In der Regel. Ausnahmen erfordern besondere Gründe. Z. B. Dem Sohne wird ein öffentliches Amt anvertraut, und der Vater, der mit demselben in Zerwürfniß lebt, verweigert ohne Grund seine Zustimmung. Da kann dieselbe auch ergänzt werden. Voraussetzung dieser Zustimmung ist immer, daß zur Zeit derselben die väterliche Vormundschaft noch existire, sonst ist jene überhaupt nicht nothwendig.

§ 680.

[275]. Die väterliche Vormundschaft erlöscht dadurch, daß das Kind in die Ehe tritt. Sie wird auch durch Wiederauflösung dieser Ehe vor Volljährigkeit des Kindes nicht wieder hergestellt.

1. Dies liegt eigentlich schon in § 678, zusammengehalten mit Art. 1 des eidg. Handlungsfähigkeitsgesetzes, s. § 678, 1.

2. In die Ehe. Der Sohn wird frei von jeder Vormundschaft, indem er durch die Ehe nun selbst zum Haupt einer neuen Familie geworden ist und sich darin die errungene Selbständigkeit und Reife darstellt; die Tochter tritt in die eheliche Vormundschaft ihres Mannes über.

3. Nicht wieder hergestellt. Wer einmal volljährig geworden ist, kann nicht wieder minderjährig werden.

§ 681.

[279]. Die väterliche Vormundschaft und Nutznießung werden durch den Eintritt des Konkurses über den Vater in gleicher Weise wie nach § 613 die eheliche Vormundschaft und Nutznießung unterbrochen.

1. Der frühere § 279 hatte diese Rechte des Vaters für die Dauer seines Fallitenzustandes suspendirt. Die Falliterklärung ist dann aber weggefallen, und das Konkursgesetz § 42 bestimmte nur: „Der Gemeinschuldner verliert für die Dauer des Konkurses die Vormundschaft über seine Kinder und damit auch die Verwaltung und den Nießbrauch ihres Vermögens". (Vgl. B. XIX, 29, Nro. 8.) Dazu kamen die §§ 155 und 160 des Konkursgesetzes, s. § 613.

§ 682.

[278]. Wenn der Vater selbst unter obrigkeitliche Vormundschaft kommt, so wird ihm, so lange diese dauert, die väterliche Vormundschaft entzogen, und erstreckt sich die obrigkeitliche Vormundschaft auch über seine Kinder.

1. Die väterliche Vormundschaft wird durch die obrigkeitliche Vormundschaft in diesem Falle ersetzt, die väterliche Nutznießung hört aber um dieser Veränderung willen nicht auf; aber die obrigkeitliche Vormundschaft verfügt nun, wie es ihr zweckmäßig erscheint, über die Einkünfte der Familie zum Behuf der erforderlichen Ausgaben.

§ 683.

[280, 281]. Wenn der Vater seine väterliche Pflicht dauernd nicht erfüllt und die Unterhaltung und Erziehung der Kinder gröblich vernachlässigt, so kann ihm auf Bericht und Antrag des Gemeindrathes, welcher ihn vorher persönlich einzuvernehmen und überhaupt die Verhältnisse des Falles umfassend zu prüfen hat, durch den Bezirksrath die väterliche Vormundschaft entzogen werden. In diesem Falle sind die Kinder als Minderjährige sammt ihrem Vermögen unter obrigkeitliche Vormundschaft zu nehmen.

1. Der Paragraph enthält nur eine redaktionelle Verschmelzung der früheren §§ 280 u. 281, nicht neues Recht.

2. Vgl. § 663. Die Vormundschaft auch des Vaters ist zunächst um des Kindes willen anerkannt, welches des Schutzes und der Sorge bedarf. Da jene Vormundschaft aber auf dem natürlich-sittlichen Familienverhältniß des Vaters zu seinen Kindern beruht, so darf auch die ferner stehende staatliche Obervormundschaft nicht ohne Noth eingreifen. Wenn aber aus den Umständen eine dauernde und grobe Vernachlässigung der väterlichen Pflichten klar wird, wenn folglich sich zeigt, daß im besondern Falle für das Kind nicht gesorgt, dieses vielmehr in seinen wichtigsten moralischen oder vermögensrechtlichen Interessen bedroht sei, dann ist Grund da, daß die Obervormundschaft

sich des Kindes annehme und ihre Sorge mit Beseitigung der mißbrauchten väterlichen Rechte über dasselbe ausdehne. Es kann das geschehen, auch wenn nicht genügender Grund vorliegt, um den Vater selbst unter obrigkeitliche Bevormundung zu stellen. Z. B. ein Vater hält seine Kinder zum Betteln an und will dieselben nicht zur Schule schicken. Oder er übergibt dieselben, ohne Aufsicht zu üben, zu täglichen Lohndiensten einem übelbeleumdeten Meister und kümmert sich nicht um ihre gerechten Klagen. (Vgl. Z. XII, 104.)

3. Das Verfahren ist analog dem einer Bevormundung wegen Verschwendung. Vgl. §§ 738 ff. Gegen die bezirksräthliche Entziehung der Vormundschaft steht daher dem Vater kein Rekurs zu an die Direktion der Justiz, da er seine Weigerung zu gerichtlicher Erörterung zu bringen das Recht hat. Wohl aber können die Anverwandten des Kindes oder der Gemeindrath gegen den Beschluß der Nichtentziehung an die höhere Instanz mit einer Beschwerde gelangen.

4. Das Obergericht hat entschieden, daß in einem solchen Falle dem Vater auch die Nutznießung entzogen sei. (Z. VII, 66, Nro. 18.) Beim Stillschweigen des Gesetzes und bei der Analogie des § 682 scheint mir dies indessen zweifelhaft zu sein.

§ 684.

[282, 283]. Bestreitet der Vater in diesem Falle, daß Grund zur Entziehung der Vormundschaft vorliege, so hat er dies innerhalb sechs Wochen von der Mittheilung des Beschlusses an dem Bezirksrathe schriftlich zu erklären, und es hat alsdann der letztere nach Maßgabe des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege einen gerichtlichen Entscheid herbeizuführen.

In der Zwischenzeit bleibt die obrigkeitliche Vormundschaft über die Kinder bestehen.

1. Der Paragraph enthält nur redaktionelle Verbesserungen, im Wesentlichen aber altes Recht.

Wenn der Bezirksrath es für nöthig findet, dem Vater die Vormundschaft zu entziehen, so ordnet er gleichzeitig eine obrigkeitliche Vormundschaft im Interesse der Kinder über dieselben an; und diese dauert auch während des Prozesses mit dem Vater fort. Dieser Prozeß wird zwischen dem obrigkeitlichen Vormund für die Kinder und dem Vater geführt. Als Kläger haben die Vormundschaftsbehörden aufzutreten. (Z. X, 318, Nro. 11.) Maßgebend sind die §§ 536 u. ff. des Rechtspflegegesetzes; nach denselben ist die Klage nicht an das Friedensrichteramt zu bringen, sondern unmittelbar durch Weisung des Bezirksrathes beim Bezirksgerichte anhängig zu machen. Die Kosten treffen immer den Beklagten, es wäre denn, daß der Prozeß gegen ihn muthwillig oder fahrlässig angehoben worden wäre. (Das. § 540).

2. Die Vormundschaftsbehörden sind berechtigt, von der gerichtlichen Entscheidung vorläufige Maßnahmen über die Versorgung der Kinder zu treffen; (Z. X, 317, Nro. 10; OG. 1861 p. 11) sie können ferner das zu Sicherung des Vermögens und zur Versorgung der Kinder Erforderliche anordnen; dagegen dürfen sie bis nach Erledigung des Prozesses ohne Noth nicht auch über die Substanz des Vermögens verfügen, also z. B. nicht die Liegenschaften der Kinder veräußern. (Z. I, 52.)

§ 685.

[neu]. Der Entzug der väterlichen Vormundschaft ist amtlich zu publiziren.

1. Vgl. § 596. Der § 541 des Prozeßgesetzes verfügte die Publikation nur „wenn nöthig". Jetzt ist sie unbedingt vorgeschrieben.

2. Dieser Entzug tritt ein in den Fällen der §§ 681, 682, 683.

Zweites Kapitel.

Brautkinder.

§ 686.

[64, 302]. Kinder, welche zwar nach dem Abschlusse des Verlöbnisses erzeugt, aber vor Eingehung der Ehe geboren sind, sogenannte Brautkinder, erhalten, wenn die Vaterschaft des Bräutigams anerkannt oder infolge einer Vaterschaftsklage ausgemittelt ist (§§ 697 u. ff.), den Geschlechtsnamen und das Bürgerrecht des Vaters und fallen nur insofern der Heimatsgemeinde der Mutter zu, als der Vater ein Kantonsfremder ist und die Heimatsgemeinde desselben nicht zur Anerkennung des Kindes angehalten werden kann.

Dem Gemeindrathe des Heimatsortes des Vaters bleibt jedoch das Recht vorbehalten, eine unwahre Anerkennung des Eheversprechens anzufechten.

1. Brautkinder. Kinder, welche vor der Eingehung der Ehe erzeugt, aber in der Ehe geboren werden, sind nicht Braut-, sondern eheliche Kinder, § 647; Kinder, welche vor dem Abschlusse des Verlöbnisses erzeugt und vor der Eingehung der Ehe geboren worden, uneheliche Kinder. Brautkinder heißen solche Kinder, welche nach dem Abschlusse des Verlöbnisses, also unter Eheversprechen erzeugt worden sind, während die Ehe der Eltern erst nach ihrer Geburt oder auch gar nicht zu Stande gekommen ist. Das Verlöbniß muß aber (im Gegensatz zum alten Matrimonialgesetz) § 143, ein gültiges sein, (s. § 577, vgl. Z. III, 333; V, 458; OG. 1886, Nro. 37); und wenn es bestritten wird, muß es von dem, welcher behauptet, daß das Kind ein Brautkind sei, gemäß den Vorschriften des § 578 bewiesen werden.

2. Die nachträgliche Genehmigung des von einem Minderjährigen eingegangenen Verlöbnisses durch dessen Vater, Mutter oder Vormund oder die Nichtanfechtung desselben (Art. 53 des eidg. Civilstandsgesetzes) steht der vorhergegangenen Zustimmung gleich und es erhält demzufolge in diesem Falle das von einem Minderjährigen unter Eheversprechen erzeugte Kind die Qualität eines Brautkindes. (Z. XV, 11 u. 87, Nro. 24; XIX, 149, Nro. 16.)

3. Das Obergericht hat erklärt, daß das von Jemandem, dem durch ein früheres Ehescheidungsurtheil die Wiederverehelichung untersagt worden, während des

Bestehens dieses Verbotes mit einer andern Person eingegangene Eheversprechen ungültig sei und daher das unter solchem Eheversprechen erzeugte Kind nicht die Rechte eines Brautkindes erlange, auch wenn nach Aufhebung jenes Verbotes das früher gegebene Eheversprechen von dem Betreffenden wiederholt werde (Z. IX, 247, Nro. 19); dagegen sei dies der Fall bezüglich des mit einer Wittwe während der gesetzlichen Wartezeit (Art. 28 des Civilstandsgesetzes) unter Eheversprechen erzeugten Kindes, wenn der Schwängerer nach Ablauf dieser Zeit das Eheversprechen anerkannt habe. (Z. XXII, 20, Nro. 3.) Allein da jetzt die Eheverbote der Art. 28 und 48 nicht mehr unter den Nichtigkeitsgründen der Art. 50 u. ff. daselbst erscheinen, dürfte nunmehr wohl auch im erstern Fall das Kind als Brautkind anerkannt werden.

4. Die Frage, ob das von einem Kantonsfremden unter Eheversprechen erzeugte Kind auch das Bürgerrecht des Vaters erhalte, kann im Falle eines Streites nur von den Gerichten der Heimat des Beklagten rechtsverbindlich entschieden werden. (Z. XIII, 233, Nro. 20; XIV, 300 ff., Nro. 17 u. 18; Ullmer staatsrechtl. Praxis I, Nro. 234 bis 238; OG. 1876 Nro. 23.) Aber wenn auch die Heimatsgemeinde des Vaters nicht zur Anerkennung des Kindes gebracht werden kann, so hat für das letztere die Eigenschaft als Brautkind gleichwohl Bedeutung, indem es den Familiennamen des Vaters erhält und auch sonst (s. § 687) den ehelichen Kindern gleichgestellt ist. Auch für die Mutter ist dieß von Erheblichkeit, weil die Kosten der Erziehung und des Unterhalts des Kindes wesentlich den Vater treffen. (Z. X, 275, Erw. 5.)

5. Die übereinstimmende Erklärung der Eltern, daß der Erzeugung des Kindes ein Eheversprechen vorausgegangen sei, genügt, um dem Kinde die Rechte eines Brautkindes zu verschaffen, sofern nicht erhebliche Zweifel gegen deren Glaubwürdigkeit obwalten. (Z. V, 430, Erw. 3; IX, 246, Nro. 18; XI, 45; XVI, 221, Nro. 22.) Dagegen bleiben bloße Willenserklärungen der Eltern, einem vor dem Abschlusse des Verlöbnisses erzeugten und vor der Eingehung der Ehe gebornen Kinde die Eigenschaft eines Brautkindes beizulegen, unberücksichtigt. (Z. II, 243; III, 246; X, 300; XX, 89, Erw. 7.) Solche Kinder sind uneheliche Kinder. Das Geständniß eines volljährigen Bevogteten, das Kind unter Eheversprechen erzeugt zu haben, hat, weil derselbe zu Eingehung der Ehe der Einwilligung des Vormundes nicht bedarf, volle Wirkung. (Z. V, 428; XVI, 221, Nro. 22; XXII, 22, Erw. 3.)

6. Bluntschli schreibt: „Die in diesem Gesetzbuche enthaltenen Bestimmungen über die Brautkinder sind im Wesentlichen dem frühern Rechte entnommen. Die Kinder, welche nach Abschluß des in guten Treuen eingegangenen Eheversprechens erzeugt werden, sollen die Ursache nicht entgelten, welche den Vollzug der Ehe ihrer Eltern verhindert hat. Allein diese humane Absicht des Gesetzes wird nun, seit bei uns für die unehelichen Kinder das Maternitätsprinzip (§ 690) gilt und in Folge dessen die Heimatgemeinde der Mutter ein Interesse daran hat, daß das Kind den Geschlechtsnamen und das Bürgerrecht des Vaters erhalte, vielfach mißbraucht. Durch allerlei Kunstgriffe wird, wo die Eltern des Kindes mittellos sind, der Schwängerer zu bestimmen gesucht, zuzugestehen, es sei das Kind unter Eheversprechen erzeugt worden, damit die Heimatgemeinde der Mutter von der Last der Unterhaltung desselben befreit und diese auf die Heimatgemeinde des Schwängerers gewälzt werde. In Folge dessen kommen die Gerichte oft in den Fall, unehelich geborene Kinder als Brautkinder erklären zu müssen, denen diese Qualität in Wahrheit nicht zukömmt.“ (B. XVIII, 111; Z. IX, 246, Nro. 18; XI, 45; XV, 89, Nro. 25; XVI, 221, Nro. 22; OG. 1861 p. 12.)

7. Aus diesem Grunde hat schon die frühere Civilprozeßordnung in den §§ 336 ff. an der Hand bestehender Praxis den Behörden (Gemeindrath und Armenpflege) der Heimatgemeinde des geständigen Beklagten das Recht gegeben, gegen dessen Erklärung, daß das Kind unter Eheversprechen erzeugt worden sei, Einsprache zu erheben, nur mit dem Zusatze, daß dann der Behörde die Beweislast obliege, daß jene Erklärung unwahr oder das Eheversprechen nicht gültig gewesen sei. (Z. IX, 244, 246; X, 158.) Dem entsprechend wurde auch im jetzigen Prozeßgesetz vom 2. Dez. 1874 §§ 514 und 515 der Gemeindrath (nicht die Armenpflege, Z. XXII, 231) als Intervenient oder Prozeßgegner zugelassen. (Z. XXIII, 62, 91.) Ueber die Beweislast ist nichts mehr gesagt; es ist aber wohl nicht zu bezweifeln, daß sie gegenüber den übereinstimmenden Eltern auch jetzt noch dem Gemeindrathe obliegt. (Vgl. § 710.)

§ 687.

[neu]. Die Heimatsgemeinde des Brautkindes hat für die Bevormundung desselben zu sorgen.

1. Bevormundung, sei es staatliche oder väterliche Vormundschaft, s. § 689. — (Vgl. § 696.)

§ 688.

[303, 309]. Die Brautkinder genießen, abgesehen von dem Verhältnisse der väterlichen Vormundschaft, alle Rechte ehelicher Kinder, und es hat daher auch der Vater zunächst die Kosten der Erziehung und des Unterhaltes für dieselben zu tragen.

Vgl. § 892.

§ 689.

[64]. Damit der Vater die väterliche Vormundschaft über sein Brautkind erhalte, hat er sein Begehren dem Waisenamte einzureichen, welches das Gesuch mit Bezug auf die persönliche Tüchtigkeit des Vaters prüft und mit seinem Antrage dem Bezirksrathe zur Entscheidung übermacht.

Wird die Ehe nachträglich vollzogen, so gelangt das Brautkind sofort in die väterliche Vormundschaft des Vaters.

1. Väterliche Vormundschaft. Der Vater, der die Braut nicht rechtzeitig heiratet, so daß das Kind ein außereheliches wird, verdient oft nicht das Vertrauen, daß er als ein guter Vater für das Kind sorge. Daher bedarf es hier einer sorgfältigen Prüfung der Obervormundschaft, ob ihm die vormundschaftlichen Rechte eines Vaters zu gestatten seien. Wenn aber die Ehe doch noch zu Stande kommt, dann übt sie auch in dieser Beziehung volle Wirkung auf das Familienrecht.

Drittes Kapitel.

Uneheliche Kinder.

A. Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder.

§ 690.

[304]. Die unehelichen Kinder tragen, auch wenn ihr Vater ausgemittelt ist, den Geschlechtsnamen der Mutter und gehören der Heimatsgemeinde derselben als Bürger an.

1. Einem unehelichen Kinde kann auch nicht durch Vertrag zwischen seinen Eltern der Familienname des Vaters zugeeignet werden. (Z. X, 303, Erw. 3.)

§ 691.

[305]. Ist die Mutter eine Wittwe, so erhält das Kind den angeborenen, nicht den angeheiratheten Geschlechtsnamen der Mutter.

1. Von geschiedenen Frauen versteht sich das von selbst.

§ 692.

[306]. Die unehelichen Kinder genießen alle persönlichen Rechte gleich den ehelichen Kindern.

1. Sie sind auch im öffentlichen Rechte nicht zurückgesetzt. Ueber ihre Erbrechte s. §§ 893—895.

§ 693.

[308]. Die Sorge für die Erziehung und den Unterhalt eines unehelichen Kindes liegt zunächst der Mutter ob. Vorbehalten bleiben deren Ansprüche auf Unterstützungsbeiträge von Seite des unehelichen Vaters (§§ 704 bis 706).

1. Den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, ist Sache der Vormundschaftsbehörden. (Z. XXIII, 361, Nro. 7.)

§ 694.

[297]. Sowohl der Vater als die Mutter haften wechselseitig subsidiär für den Unterhalt des Kindes.

Sind dieselben außer Stande, für das Kind zu sorgen, so haben subsidiär die Eltern des Vaters für diesen und die Eltern der Mutter für diese in dem Sinne einzustehen, daß sie zunächst für die ihrem Sohne

oder ihrer Tochter obliegende Verpflichtung, im Nothfalle für das Ganze haften.

1. Subsidiär. Der Vater kann daher auch für ein Kind, das noch nicht zwölf Jahre alt ist, unter Umständen zu allen Erziehungskosten angehalten werden, wenn die Mutter außer Stande ist, dieselben theilweise zu bestreiten (vgl. § 695); und ebenso die Mutter im entgegengesetzten Falle, wenn der Vater nichts thun kann.

2. Die Eltern. Die subsidiäre Haft der Großeltern des unehelichen Kindes hat freilich prinzipielle Bedenken, denn diese gehören nicht zu jener Familie, und an sich sind die Eltern nicht verpflichtet, für die Schulden ihrer Kinder einzustehen. Die ältere Gesetzgebung ging aber noch weiter und machte sogar die Großeltern des unehelichen Vaters oder der Mutter und die Geschwister dieser subsidiär verantwortlich (Matrimonialgesetz § 185), und das Bedürfniß, die Gemeinden zu erleichtern, die ja auch keine Verschuldung haben, sowie die Rücksicht, daß die Eltern zunächst für den Unterhalt ihrer Kinder haften, der hinwieder den nöthigen Unterhalt ihrer Kinder in sich schließt, gaben Grund zu dieser Abweichung von der Konsequenz des Prinzips. Es versteht sich dabei übrigens, daß, so lange der Vater oder die Mutter selbst im Stande sind, für ihr uneheliches Kind zu sorgen, die Eltern derselben nicht in Mitleidenschaft gezogen werden dürfen (Z. I, 388, Erw. 3), und daß, auch wenn diese begründet ist, dieselben doch nur nach ihren Kräften und so, daß die Sorge für die eheliche Familie vorgeht, zu Beiträgen anzuhalten sind. Es ist also der Betrag, welchen zufolge gerichtlichen Urtheiles der uneheliche Vater an den Unterhalt des Kindes zu leisten hat, nicht ohne Weiteres auch für die Leistungspflicht der Großeltern maßgebend. (Z. V, 181, Nro. 18; XIX, 150, Nro. 17.)

3. Können die väterlichen Großeltern, welche an der Stelle ihres unvermögenden Sohnes zur Mithülfe für den Unterhalt des unehelichen Kindes desselben in Anspruch genommen werden, verlangen, daß das Kind vor seinem zwölften Lebensjahre der Mutter entzogen und ihnen zum Unterhalt und zur Erziehung übergeben werde? Das Obergericht hat diese Frage verneint; denn so lange die Mutter ihren eigenen Verpflichtungen nachkommt, wäre der Vater nicht berechtigt, zu verlangen, daß ihr das Kind weggenommen werde und nun wäre es hart, wenn man dieses Recht den Eltern des Vaters einräumen würde, die nur erfüllen, was ihr Sohn leisten sollte. (Z. VII, 307.)

§ 695.

[310]. Die Verpflichtung zum Unterhalte des unehelichen Kindes geht nach dem Tode des Vaters, unbeschadet der nach § 694 bestehenden Verpflichtung seiner Eltern, auf seine Erben über, insoweit die Verlassenschaft desselben zur Bezahlung ausreicht und die Fortdauer der Unterstützungspflicht gegenüber seinen rechtmäßigen Erben nicht als eine unbillige Zumuthung erscheint.

1. Das Matrimonialgesetz hatte hierüber keinerlei Bestimmungen enthalten und die Gerichtspraxis hatte derartige Ansprachen an die Erben zuerst verneint und später bejaht. (Bd. XV, 337; XVI, 443; XVII, 321.) Der Uebergang dieser Verpflichtung auf die Erben des Vaters hatte deßhalb Bedenken, weil die Schuld doch ihrem Grunde

nach eine persönliche, auf dem Blutsnexus beruhende ist. Indessen ist sie doch eine nothwendige Folge des in § 700 anerkannten Prinzips und belastet das väterliche Vermögen. Auch wäre es eine nicht zu rechtfertigende Härte, wenn das Kind mit dem Tode des Vaters auf einmal hülflos gelassen würde, während die väterliche Verlassenschaft ausreicht, um die Kosten seines Unterhaltes auch für die Zukunft zu tragen. Der Uebergang der Schuld ist aber in zwei Beziehungen beschränkt:

a. Indem sie nur insoweit auf der Erbschaft lastet, als diese sie tragen kann, d. h. keinenfalls wird über die Erbschaft um dieser Schuld willen der Konkurs eröffnet, vielmehr wenn die Erbschaft außer Stande ist, dieselbe zu bezahlen, die Schuld so weit als nöthig reduzirt oder ganz gestrichen. (Z. V, 182, Nro. 19; XIII, 235, Nro. 21.)

b. Indem dabei auch die Rücksicht auf die „rechtmäßigen Erben" vor allen Dingen gewahrt, also auch dann jene Schuld vermindert oder beseitigt werden muß, wenn dieselbe nicht ohne Härte gegen jene geltend gemacht werden könnte.

2. Dies schließt nicht aus, daß die bis zum Tode des Vaters schon entstandenen Verpflichtungen als Erbschaftspassivum unbedingt und unbeschränkt auf die Erben übergehen. (Z. XIII, 235.)

3. Verpflichtung zum Unterhalt s. §§ 693, 688; vgl. Z. XXIII, 364, Nro. 8; OG. 1872, 17, Nro. 4.

4. Nur auf dem väterlichen Vermögen haftet die Beitragspflicht für das uneheliche Kind als Schuld. Die Verpflichtung der Mutter, für das Kind zu sorgen, ist zwar größer, aber auch persönlicher. Es besteht zwar ein Erbrecht des unehelichen Kindes gegenüber seinen mütterlichen Verwandten (§ 893); aber von einem Uebergang der Unterstützungspflicht auf die Erben der Mutter ist keine Rede.

5. Die Worte „unbeschadet ..... Eltern" sind zur Verdeutlichung neu in den Paragraphen hineingeschoben worden.

§ 696.

[298]. Die Heimatsgemeinde des unehelichen Kindes hat für Bevormundung desselben zu sorgen.

1. Vgl. § 687. — Der alte § 298 fügte hinzu, die Gemeinde sei berechtigt, die Eltern, beziehungsweise Großeltern des Kindes zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen anzuhalten; im Falle des Unvermögens derselben habe sie zunächst für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes zu sorgen unter Vorbehalt späteren Regresses. Die Expertenkommission fand aber, dies Alles liege schon von selbst in der Stellung der Vormundschaftsbehörden und § 7 des Armengesetzes vom 28. Juni 1853 (Off. S. Bd. IX, 260) und Instruktion § 9 (Off. S. Suppl. p. 55).

2. Wenn die zunächst zum Unterhalt verpflichteten Personen (§§ 693—695) außer Stande sind, ihre diesfällige Verbindlichkeit im ganzen Umfange zu erfüllen und demnach die Gemeinde für das Kind sorgen muß, so kann sie dies in der Weise thun, wie sie es am angemessensten findet, entweder durch Leistung eines Beitrages an die Mutter, für dessen Größe jedoch der dem unehelichen Vater durch das gerichtliche Urtheil auferlegte Sustentationsbeitrag nicht maßgebend ist, oder so, daß sie das Kind

einer dritten Person in Pflege gibt. (Bd. XI, 80, Nro. 28; XIV, 443, Nro. 97; Z. II, 352, Nro. 36.)

B. Vaterschaftsklage.

§ 697.

[284, 292]. Eine Frauensperson, welche außerehelich geschwängert worden, ist berechtigt, ihren Schwängerer wegen Vaterschaft zu belangen.

Ist indessen die Klägerin eine Ausländerin, so ist ihrer Klage nur insoweit Rechnung zu tragen, als entweder staatsrechtliche Verträge dies vorschreiben oder in ihrer Heimat Schweizerinnen in ähnlichen Fällen Recht gehalten wird.

1. Bluntschli schreibt: „Schon in der ersten Kommission war die Frage der Vaterschaftsklage einer reifen Erwägung unterzogen und im Wesentlichen das System gutgeheißen worden, das auch in der zweiten Kommission die Billigung der Mehrheit fand und nun als Gesetz besteht. Man verkannte nicht, daß auch für das sogenannte Prinzip der Maternität, d. h. den Grundsatz des französischen Rechtes, daß keine gerichtliche Nachforschung nach dem Vater zulässig sei, sondern uneheliche Kinder nur an ihre Mutter gewiesen werden, gute Gründe angeführt werden, namentlich die Unsicherheit des Beweises der Vaterschaft, der nicht seltene Mißbrauch, den unzüchtige Weiber von diesem Klagerecht machen, um von Männern Geld zu erpressen, und die beachtenswerthe Erfahrung, daß die Verhältnißzahl der unehelichen Kinder sich günstiger zu stellen scheine, wo der Grundsatz der Maternität als wo der der Paternität eingeführt sei. Die Mehrheit entschied aber für den Grundsatz der Paternität hauptsächlich aus dem sittlichen Motive, daß ein natürlicher und ein Pietätsverband auch zwischen dem Vater und seinem unehelichen Kinde bestehe, den das Recht nicht durch unwahre Fiktionen — als hätten die unehelichen Kinder nur Mütter, keine Väter — wegleugnen dürfe, sondern, so weit er eben nachweisbar sei, beachten müsse, und daß für das Kind besser gesorgt werde, wenn beide Eltern zu ihren Pflichten angehalten werden können. Dagegen wurde die im Kanton Zürich hergebrachte Form des Paternitätssystems, wornach die unehelichen Kinder auch dem Geschlechte und dem Bürgerrecht des Vaters zugesprochen worden sind, verlassen und der Grundsatz aufgestellt, daß dieselben in Geschlecht und Bürgerrecht der Mutter folgen sollen. Einmal ist das eine prinzipielle Verbesserung, indem nur die eheliche Geburt innerhalb der Familie des Vaters vor sich geht und diese mit einem Gliede vermehrt, während die außereheliche Geburt auch außer dem Hause des Vaters und ohne Rücksicht auf sein Geschlecht geschieht und vorzugsweise als Frucht des Falles der Mutter erscheint. Sodann hat dieselbe auch wohlthätige praktische Folgen: theils indem die Betheiligung und der Streit zweier Heimatgemeinden — der Mutter und des Vaters — vermieden, theils das Verhältniß zu den Ländern, wo, sei es überhaupt, sei es in dieser Beziehung, der Grundsatz der Maternität gilt, günstiger wird, während bis zu Einführung dieses Grundsatzes die zürcherischen Gemeinden der doppelten Gefahr ausgesetzt waren, theils als Heimatgemeinden im Auslande geschwängerter

Zürcherinnen, theils als Heimatgemeinden der unehelichen Väter angesprochen zu werden, welche einer Nichtzürcherin beigewohnt hatten. Auch konnte es wohl geschehen, daß Versuche gemacht wurden, einer Gemeinde durch Anerkennung eines falschen Vaters uneheliche Kinder aufzuladen, was nun wieder nicht mehr möglich ist.

Die mit dem Paternitätsprinzip verbundenen Nachtheile bestehen übrigens in allen den Fällen fort, in denen es sich um Brautkindschaft handelt, was leider in mißbräuchlicher Weise sehr häufig der Fall ist." Vgl. § 686, 6, 7.

2. Zu Absatz 2. Der alte § 292 sprach von kantonsfremden Klägerinnen; allein schon die Bundesverfassung vom 12. September 1848 verpflichtete im Art. 48 die Kantone, alle Schweizerbürgerinnen gleich zu halten, und dies ist in Art. 60 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 wiederholt worden; es kann also nur von Nichtschweizerinnen hier die Rede sein.

3. Staatsrechtliche Verträge vorschreiben. Diese Worte sind neu eingefügt worden. So bestimmt z. B. der Niederlassungsvertrag mit Frankreich vom 23. Februar 1882, Art. 1 (Eidg. Amtl. S. N. F. VI, p. 395), daß die Franzosen in einem Kantone der Schweiz in Bezug auf ihre Personen und ihr Eigenthum gleich zu behandeln seien, wie die Angehörigen anderer Kantone. Von Baiern, Würtemberg und Baden liegen Erklärungen vor, daß hiesigen Kantonsbürgerinnen in derartigen Klagen dortseits gleiches Recht gehalten werde, wie den eigenen Staatsangehörigen (B. VI, 118; Z. IX, 242, Nro. 15; Bundesbl. 1865 II, p. 149; XVI, 218, Nro. 19; OG. 1883, Nro. 73). Allein in diesen Staaten gilt der Maternitätsgrundsatz, so daß nur Klagen auf Reichung von Alimenten statthaft sind und im Großherzogthum Baden auch diese nur in sehr beschränkter Weise.

4. Im „Gerichtssaal" war die Streichung von Absatz 2 verlangt worden mit der Frage: „Warum soll sich die arme Mutter entgelten, wenn ihre heimatliche Gesetzgebung unvernünftig ist?" Allein die kantonsräthliche Kommission zog in Betracht, daß es sich hiebei nicht nur um die Rechte der Mutter, sondern auch um die der Gemeinde handelt.

§ 698.

[285, 286]. Die Vaterschaftsklage kann in der Regel nur während der Schwangerschaft der Mutter bei dem Friedensrichter eingeleitet werden.

Nur wenn ein Eheverlöbniß zwischen der Geschwängerten und dem Schwängerer (§§ 576 u. ff.) oder eine schriftliche Anerkennung der Vaterschaft von Seite des Schwängerers vorliegt, kann die Klage noch vor Ablauf von sechs Wochen nach der Geburt des Kindes eingeleitet werden.

1. Beim Friedensrichter eingeleitet. Im alten § 285 hieß es weniger bestimmt nur „anhängig gemacht". Ueber das Verfahren s. Prozeßges. §§ 512 ff.

2. Die im Matrimonialgesetze enthaltene Vorschrift, daß die Paternitätsklage spätestens im sechsten Monat der Schwangerschaft anhängig gemacht werden müsse, widrigenfalls sie verwirkt sei, war fallen gelassen worden, theils mit Rücksicht auf die Unsicherheit der Berechnung, theils deßwegen, weil gerade die besseren Weiber durch die Vorspiegelung der Heirat eher bewogen werden können, diese Frist zu versäumen,

und dadurch nur dem Lug und Trug ein Spielraum eröffnet bliebe. Es wurde daher die Klage bis zur Geburt verstattet, darüber hinaus aber in der Regel nicht, damit das Verhältniß früher bekannt und der außerehelich Gebärenden keine Gelegenheit gegeben wird, erst wenn das Datum der Geburt sicher ist, einen angeblichen Schwängerer unter den Personen auszuwählen, mit denen sie neun Monate zuvor in Verkehr gestanden hat.

3. In der Regel. Abgesehen von dem Falle des Absatz 2 findet eine Ausnahme statt, wenn der Schwängerer die Geschwängerte durch das Versprechen der Heirat in arglistiger Weise an der rechtzeitigen Erhebung der Klage verhindert hat (Z. XIII, 232, Nro. 19, vgl. Bd. XII, 292, Nro. 13), oder wenn die Weibsperson durch eine Frühgeburt überrascht worden ist (Z. XXII, 56, Nro. 27); nicht dagegen, weil dieselbe sich über ihren Zustand getäuscht hat (Z. IX, 392, Nro. 129).

4. Schriftliche Anerkennung. Der frühere § 286 sagte: „ausdrückliche und schriftliche Anerkennung“; das erste dieser Worte ist als überflüssig gestrichen worden. Vgl. § 699.

5. Zu Absatz 2. Diese Ausdehnung der Frist für Anbringung der Vaterschaftsklage über die Zeit der Geburt des Kindes hinaus hat einen guten Grund in der gesteigerten Pflicht des Vaters, ein solches Kind anzuerkennen. Das Eheverlöbniß begründet diese Ausnahme auch in dem Falle, wenn es der Schwängerung nachgefolgt ist. (Vgl. Entscheid. des Kassationsgerichts vom Januar 1888 in Sachen Maag contra Bertschi.)

6. Hat die Geschwängerte rechtzeitig ihre Klage beim Friedensrichteramt angebracht, so kann, wenn aus irgend einem Grunde das letztere mit der Einleitung an das Gericht zögert, ihr die Einrede der Verspätung mit Erfolg nicht entgegen gehalten werden (Z. IX, 239, Nro. 13). Eben so wenig ist dies der Fall, wenn z. B. der Beklagte nach Erhebung der Klage sich an einen Ort hinbegiebt, an welchem Vaterschaftsklagen nicht gestattet sind und die Geschwängerte mit der Rechtsverfolgung bis zur Rückkehr desselben zuwartet (Z. X, 123).

7. Wenn auf eine erst nach Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes angehobene Klage der Beklagte anerkennt, daß er das Kind unter Eheversprechen erzeugt habe, so ist zwar dieses Zugeständniß für ihn verbindlich und es erlangt das Kind die Eigenschaft eines Brautkindes, jedoch mit der Modifikation, daß dasselbe das Bürgerrecht des Vaters nicht erlangt, sofern die Heimatgemeinde des letztern hiegegen Einsprache erhebt (Z. X, 54).

§ 699.

[301]. Auf die Erben der Klägerin geht die Klage nur dann über, wenn sie schon bei Lebzeiten derselben eingeleitet worden ist oder ein Eheverlöbniß oder eine schriftliche Anerkennung der Vaterschaft vorliegt.

1. Die §§ 287—290 und 300 sind, weil prozessualischen Rechtes und durch die §§ 512 ff. des Prozeßgesetzes aufgehoben, gestrichen worden.

2. Gewiß kann auch die Gemeinde die angehobene Klage der verstorbenen Mutter fortsetzen gemäß § 696.

3. Eingeleitet nämlich beim Friedensrichteramt (arg. Z. XVII, 342, vgl. § 698, 700, 1.)

§ 700.

[301]. Auf die Erben des Beklagten geht die Klage nur insoweit über, als sie schon bei Lebzeiten desselben oder bevor die Klägerin von seinem Tode Kunde hatte, eingeleitet worden ist, es wäre denn, daß ein Eheverlöbniß oder eine schriftliche Anerkennung der Vaterschaft von Seite des Verstorbenen vorläge.

1. Die Klage ist nach beiden Seiten hin eine rein persönliche und geht daher nicht ohne weiters auf die Erben über. In der Regel können somit die Erben des Beklagten weder auf Anerkennung der Vaterschaft des Erblassers, noch auf die Unterhaltskosten für das Kind belangt werden. Aber ausnahmsweise können sie es:

a. Wenn die Klage noch gegen den lebenden Beklagten selbst anhängig gemacht worden, dieser aber während des Prozesses, d. h. nach dem Zeitpunkte, zu welchem ihm die erste Vorladung vor das Friedensrichteramt angelegt worden, (Z. VIII 429; XIII, 233; XV, 85, Nro. 23, s. §§ 698, 699) verstorben ist. Diesem Falle wird der andere gleich geachtet, wenn der Beklagte zwar zur Zeit der Anhängigmachung der Klage bereits gestorben war, aber ohne daß die Klägerin von dem Tode wußte. Hat sie dagegen zugewartet, bis sie wußte, daß er todt sei, so kann sie nicht von neuem die Klage gegen die Erben einleiten, die auch gewöhnlich von den persönlichen Verhältnissen zwischen der Klägerin und ihrem Erblasser nicht näher unterrichtet sind und daher einer Klage mehr als jener bloßgestellt wären.

b. Wenn ein Verlöbniß mit dem Beklagten vorliegt, oder eine schriftliche Anerkennung seiner Vaterschaft. Ob das Verlöbniß vor oder nach der Erzeugung eingegangen worden und in welcher Form die Anerkennung geschehen, ist hier unerheblich.

§ 701.

[291]. Die Klage auf Vaterschaft wird abgewiesen:

a. wenn der Beklagte zur Zeit der angeblichen Schwängerung noch nicht sechszehn Jahre alt war;

b. wenn der Beklagte zur Zeit der Schwängerung verehelicht war und vorliegt, daß der Klägerin sein ehelicher Stand bekannt gewesen sei;

c. wenn die Klägerin zur Zeit der Schwängerung verheirathet war;

d. wenn die Klägerin früher schon, sei es vor Friedensrichteramt oder vor Gericht, eine andere Person als Schwängerer belangt hat, es wäre denn, daß dieselbe dazu durch Drohung oder Arglist des wirklichen Schwängerers bewogen worden wäre;

e. wenn die Klägerin innerhalb der zwei letzten Jahre als öffentliche Dirne gelebt oder sonst sich gegen Bezahlung an Mannspersonen zur Unzucht überlassen hat;

f. wenn die Klägerin innerhalb der nämlichen Frist während längerer Zeit sich in einer liederlichen Wirthschaft oder einem unzüchtigen Hause aufgehalten oder eine solche Wirthschaft oder Haus öfter in verdächtiger Weise besucht hat;

g. wenn die Klägerin um ihres unzüchtigen Lebenswandels willen, z. B. wegen mehrmaliger unehelicher Geburten oder weil sie wegen Ehebruches bestraft worden ist, oder weil sie den Beklagten zur Unzucht verführt hat, als des Klagerechtes unwürdig erscheint.

1. Die Gerichte sind nicht verhindert, auch andere im Gesetze nicht speziell erwähnte Thatsachen zu beachten, welche dem guten Ruf der Klägerin hinderlich sind. (Z. V, 184, Nro. 20; IX, 241, Nro. 14.) Mit Absicht hat das Gesetz eine Ausscheidung dieser Gründe in prozeßhindernde und nicht-prozeßhindernde vermieden, aus Besorgniß, daß daraus eher eine Verlängerung als eine Abkürzung des Prozeßganges hervorgehen würde und in Berücksichtigung, daß das Gericht durchaus nicht gehindert ist, wenn eine entscheidende Einrede sofort liquid geworden, das abweisende Urtheil zu erlassen, ohne im Uebrigen noch unnütze Verhandlungen anzuordnen.

2. Wer die Vaterschaft vor dem Friedensrichteramte unbedingt anerkannt hat, der kann hinterher sich nicht mehr auf die Unwürdigkeit der Klägerin zur Klage berufen, namentlich aus Gründen, welche ihm schon zur Zeit jener Anerkennung bekannt gewesen sind. (Z. VII, 68, Nro. 19.) Dagegen steht eine bloß bedingte Anerkennung der Klage der spätern Geltendmachung derartiger Einreden nicht entgegen. (Z. II, 238).

3. Wenn der Beklagte verehelicht war. Der Ehemann wird dadurch keineswegs vor der Klage seiner Ehefrau wegen Ehebruch, sondern nur vor der Vaterschaftsklage der unehelichen Mutter geschützt, und zwar im Interesse der Ehe und der ehelichen Familie, deren Ruhe durch solche Klagen in hohem Grade gestört wird. Alle Gründe, welche gegen Vaterschaftsklagen überhaupt angeführt werden, wirken hier stärker als in den übrigen Fällen, denn einmal verdient eine Weibsperson, die sich mit einem Ehemann einläßt, keine Gunst des Gesetzes, sondern daß sie alle Folgen ihrer Unsittlichkeit selbst tragen muß, und überdem werden Vaterschaftsklagen gerade gegen Ehemänner am leichtesten zu Erpressungen mißbraucht.

4. Zu lit. d. Drohung oder Arglist. Z. B. wenn der Dienstherr die von ihm geschwängerte Magd durch widerrechtliche Einwirkungen zu bestimmen vermocht hat, einen Andern als Schwängerer anzugeben. (Z. I, 176, Nro. 20.)

5. Zu lit. e. Gegen Bezahlung, d. h. es muß das empfangene Geld das Motiv gewesen sein, weshalb sich die Weibsperson zur Unzucht hingegeben hat. (Z. V, 178, Nro. 15.)

6. Unzüchtiger Lebenswandel. Darin liegt das Kriterium für die Anwendung dieser Gesetzesstelle. Beispiele sind: Wenn die Klägerin um die Zeit, in welcher sie schwanger geworden, noch andern Männern den Beischlaf gestattet hat (Z. IX, 241,

Nro. 14.); wenn sie schon früher einen Ehebruch begangen hat oder in geschlechtlicher Beziehung sonst übel beleumdet ist, auch wenn sie bisher niemals außerehelich geboren hat. (Z. I, 176, Nro. 21; VIII, 46, Nro. 29; X 320, Nro. 13.) Inwiefern die Klägerin „wegen mehrmaliger unehelicher Geburten" des Klagerechtes unwürdig sei, ist der freien Beurtheilung des Gerichtes anheimgestellt. Hat dieselbe z. B. sich verschiedenen Männern preisgegeben, ohne durch ein Eheversprechen an einen gebunden zu sein, so ist sie unbedenklich für unwürdig zu erklären (B. XVIII, 369, Z. II, 238.); wenn dagegen von drei Fällen, in denen sie schwanger geworden ist, in zweien der Schwängerung nachweisbar ein Eheversprechen vorangegangen, die Vollziehung der Ehe aber aus zufälligen Ursachen unterblieben ist, so wird sie mit der dritten Klage nicht ausgeschlossen. (Z. XII, 105, Nro. 31; XVI, 219, Nro. 20.) Einer ähnlichen freien Erwägung unterliegt auch die „Verführung zur Unzucht". Dieser wird am ehesten ein Gewicht beizulegen sein, wenn ein erfahrenes reifes Weib einen jungen Menschen, z. B. eine 24jährige Dienstmagd den 20jährigen Sohn ihrer Herrschaft, zu unzüchtigem Umgang verlockt hat. (Z. XVIII, 45, Nro. 13; B. XVIII, 369.)

§ 702.

[293]. In der Regel ist anzunehmen, daß ein gehörig ausgetragenes Kind nicht vor der zweiundvierzigsten und nicht nach der achtunddreißigsten Woche vor dem Zeitpunkt der Geburt erzeugt worden sei.

1. Als längste mögliche Dauer einer regelmäßigen Schwangerschaft werden demnach 294 Tage (Z. X, 320, Nro. 13), als kürzeste mögliche Dauer derselben ein Zeitraum von 259 bis 260 Tagen (etwas mehr als 37 Wochen) angenommen. (Z. V, 179, Nro. 16; XVI, 220, Nro. 21.) Erfolgt die Geburt früher als 259 Tage, oder später als 294 Tage nach dem angeblichen Zeitpunkte der Empfängniß so muß die Klage verworfen werden, sofern nicht vorliegt, daß eine Früh- oder Spätgeburt stattgefunden (Z. II, 350, Nro. 34; V, 180, Nro. 17; VIII, 47, 30, XXIII, 89), oder daß die Klägerin sich in einem offenbaren Irrthum befunden habe. (Z. I, 177, Nro. 22.) Welche Bedeutung das Zusammentreffen des Zeitpunktes der Niederkunft mit dem von der Klägerin angegebenen Zeitpunkte der Empfängniß auf den Wahrscheinlichkeitsbeweis habe, hängt von den Verhältnissen des einzelnen Falles ab. (B. I, 483, Nro. 34; IX, 423, Nro. 11; Z. XVI, 225, Nro. 25.)

§ 703.

[294]. Wird die Vaterschaftsklage abgewiesen, so verbleibt das Kind in allen Beziehungen ausschließlich der Mutter.

1. Ausschließlich der Mutter. Das uneheliche Kind hat in diesem Falle auch später keine Klage mehr gegen den Vater. Es wird nun, so lange nicht die Vaterschaft freiwillig anerkannt wird, als ein vaterloses Kind behandelt. Einer spätern freiwilligen Anerkennung aber durch den Vater steht nichts im Wege.

§ 704.

[299]. Wird die Vaterschaftsklage gutgeheißen, so ist der Vater verpflichtet, der Mutter die Entbindungs-, Kindbett- und Taufekosten zu bezahlen.

1. Für diese Kosten haftet die Gemeinde nicht subsidiär, sie hat überhaupt nur aus dem Grunde der Armenunterstützung einzustehen.

2. Zu den Entbindungs- und Kindbettkosten sind auch die Kosten zu zählen, welche über die Krankheit der Mutter entstanden sind, deren Ursache die Niederkunft gewesen ist. (Z. VII, 68, Nro. 20; VIII, 49.) Ebenso hat, wenn das Kind stirbt, der Vater an die Kosten des Begräbnisses die Hälfte zu tragen, entsprechend seiner regelmäßigen Beitragspflicht für den Unterhalt des Kindes. (Z. IV, 175, Nro. 28.)

§ 705.

[295, 308]. Im Weitern hat der einerkannte Vater, sofern ihm das Kind nicht als Brautkind zugesprochen wurde, der Mutter bis zu zurückgelegtem zwölftem Altersjahre des Kindes einen angemessenen, von dem Gerichte nach freiem Ermessen zu bestimmenden Beitrag an die Erziehung und Verpflegung des Kindes zu verabreichen. Dieser Beitrag soll mindestens die Hälfte des erforderlichen Kostgeldes ausmachen.

1. Bis zur Vollendung des zwölften Altersjahres des unehelichen Kindes ruht die Last seiner Ernährung und Pflege hauptsächlich auf der Mutter. Aber der Vater ist zu einem Beitrage verpflichtet und muß subsidiär auch dafür einstehen. Will der Vater das Kind zu sich nehmen vor diesem Alter, und verweigert die Mutter die Herausgabe, so kann die Obervormundschaft im Interesse des Kindes das Erforderliche anordnen, wie sie überhaupt die Erziehung des Kindes zu überwachen und zu leiten hat.

2. Einen angemessenen Beitrag Es kommt hiebei hauptsächlich auf die Vermögensverhältnisse des Vaters an, und es darf durchaus nicht ein Regelmaß für alle Fälle angenommen werden. Der Grundsatz der Vaterschaft macht es möglich, die besondere Gestaltung dieses Pietätsverhältnisses je im einzelnen Fall zu erwägen und demgemäß für das Kind zu sorgen. Auch sind die Kosten für den Unterhalt eines Kindes in verschiedenen Landesgegenden verschieden.

§ 706.

[296]. Nach vollendetem zwölften Altersjahre des Kindes ist der Vater verpflichtet, alle Unkosten für den Unterhalt, die fernere Erziehung und Berufsbildung des Kindes auf sich allein zu übernehmen.

1. Der alte § 296 enthielt vor „verpflichtet" die Worte „in der Regel". Die Verpflichtung soll aber immer eintreten, dagegen kann allerdings das Kind auch noch nach seinem zwölften Altersjahre der Mutter überlassen werden, wenn die Obervormundschaft Bedenken hat, daß die Erziehung des Vaters schädlich einwirke. (Vgl. Rechenschaftsbericht des Reg.-R., 1884, p. 390.) Oder das Kind kann an einem dritten Orte in die Lehre gegeben werden. Zur Aufnahme des unehelichen Kindes in sein Haus ist der Vater nicht verpflichtet, selbst dann nicht, wenn er noch unverheiratet ist und Raum genug hätte, sondern nur dazu, die Kosten für dessen Erziehung zu übernehmen. Nur durch eheliche Geburt wird die Familie und das Hauswesen des Vaters um ein Glied vermehrt.

C. Legitimation und Ehelichsprechung außerehelicher Kinder.

§ 707.

[231]. Uneheliche minderjährige Kinder gelangen mit der Legitimation durch die nachfolgende Ehe der Eltern in die Vormundschaft ihres Vaters.

1. Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 sagt in Art. 54 Abs. 5: „Durch die nachfolgende Ehe der Eltern werden vorehelich geborne Kinder derselben legitimirt" d. h. sie erhalten die Rechte ehelicher Kinder. Art. 25 des Civilstandsgesetzes Abs. 5 wiederholt diesen Satz.

2. Die nachfolgende Ehe hebt den Mangel der unehelichen Geburt, und es werden so die vor und die nach Eingehung der Ehe von den gleichen Eltern erzeugten Kinder gleichgestellt. Die Wirkung dieser von dem römischen Recht zuerst eingeführten und schon im Mittelalter von der christlichen Kirche begünstigten Legitimation (per subsequens matrimonium) ist in unserm Rechte vollständig anerkannt. Die so legitimirten Kinder treten völlig in die Familienrechte ein, welche durch ihre Eltern vermittelt werden, nicht bloß diesen, sondern auch der Verwandtschaft gegenüber. Auch im Erbrechte werden sie, seitdem die Ehe zu Stande gekommen, nach allen Richtungen als eheliche Kinder betrachtet. Es gilt diese Auffassung nun auch mit Bezug auf Familienstiftungen und Familienstiftungsgüter (sog. Familienfideikommisse). Sie können auch in diese succediren. Dagegen vor Eingehung der Ehe sind sie als uneheliche Kinder in dem Familien- und Erbrecht zurückgesetzt und erlangen auch nachher keine Restitution im Rechte, welche ihnen in jenem mangelhaften Zustande entgangen sind.

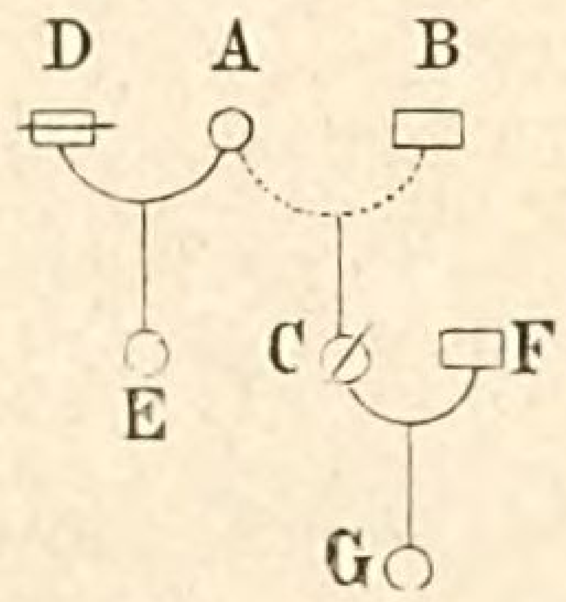
3. Die bezeichnete Wirkung der Ehe der Eltern in Bezug auf die vorehelichen Kinder tritt von selbst ein; es bedarf hiezu der ausdrücklichen Anerkennung durch eine Behörde nicht. Wenn aber von einer Seite Einsprache erfolgt, z. B. weil der Ehemann weder durch gerichtliches Urtheil als Vater erklärt worden ist, noch er selbst sich seiner Zeit freiwillig als solcher bekannt hat (vgl. § 710), so ist darüber vom Gerichte zu entscheiden. In diesem Falle kann die Heirath der Mutter durch den angeblichen Vater und die bei Gelegenheit oder gar erst nach der Heirath erfolgte Erklärung des letztern, daß er Vater des Kindes sei, zum Beweise für die thatsächliche Richtigkeit dieses Zugeständnisses nicht genügen; dasselbe muß noch durch andere Momente unterstützt sein. (Z. XVI, 9.) Einen allzu strengen Beweis kann man jedoch nicht verlangen. (Z. XV, 81, Nro. 21.) Kinder, welche im Ehebruch erzeugt worden sind, wurden früher durch die nachfolgende Ehe ihrer Eltern nicht legitimirt, wohl aber nun nach dem Rechte der Bundesverfassung und auch nach dem Grundsatze des § 645.

4. Die Frage ob ein Kind durch Legitimation die Rechte eines ehelichen und damit auch das Bürgerrecht des Vaters erworben habe, ist Rechtssache, demgemäß von den Gerichten zu entscheiden (Z. XIV, 302, Nro. 19; Bundesbl. 1865 II, 159; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1865, p. 176, Nro. 5).

5. Das eidgen. Civilstandsgesetz bestimmt in Art. 41, es haben die Eltern solcher Kinder „bei der Trauung oder spätestens innerhalb 30 Tagen nach derselben dem Civilstandsbeamten ihres Wohnortes anzuzeigen. Hat jedoch die Eintragung aus irgend einem Grunde nicht stattgefunden, so kann aus dieser Unterlassung den vorehelichen Kindern und ihren Nachkommen in ihren Rechten kein Nachtheil erwachsen."

§ 708.

[231]. Ist ein uneheliches Kind zur Zeit der Verehelichung seiner Eltern bereits verstorben mit Hinterlassung einer eigenen ehelichen Nachkommenschaft, so erwirbt diese alle Rechte ehelicher Enkel ihrer Großeltern.



1. Z. B. A und B erzeugen außerehelich den C. A heirathet die D und erzeugt den ehelichen Sohn E. Der uneheliche Sohn C heirathet die F und erzeugt den ehelichen Sohn G. Nach dem Tode des C stirbt auch D, und nun entschließt sich A, den Enkel G dadurch zu legitimiren, daß er dessen Großmutter B heirathet. G wird nun als ehelicher Enkel Erbe seines Großvaters.

§ 709.

[232]. Nach dem Tode der Mutter kann auf Begehren des Vaters ein uneheliches Kind desselben durch das Gericht ehelich gesprochen werden und in die väterliche Vormundschaft gelangen, insofern sich derselbe darüber ausweist, daß der Ehe mit der Mutter des Kindes kein gesetzliches Hinderniß im Wege gestanden wäre, und die Obervormundschaft im Interesse des Kindes ihre Einwilligung gibt. Ist der Vater verheirathet, so hat die Obervormundschaft auch die Meinung der Ehefrau zu berücksichtigen.

1. Bei Lebzeiten der Mutter eines unehelichen Kindes läßt unser Recht nur die Legitimation durch die Ehe zu. Aber wenn die Mutter gestorben und daher jener Weg der Legitimation verschlossen ist, dann wird ein neuer Weg eröffnet, um das im Interesse geordneter Familienzustände und der natürlichen Beziehungen des Vaters zu dem Kinde liegende Ziel zu erreichen. Der Vater kann das Kind durch das Gericht ehelich sprechen lassen, aber nur unter zwei Bedingungen:

a. Daß der Ehe mit der Mutter des Kindes kein gesetzliches Hinderniß im Wege gestanden wäre, denn es muß die Zulässigkeit der Ehe vorausgesetzt werden, damit ihre Wirkung ergänzt werden kann.

b. Daß die Obervormundschaft im Interesse des Kindes einwillige.

2. Das Gesetz spricht nicht ausdrücklich von dem umgekehrten Fall, wenn nämlich durch den Tod des Vaters die Ehe unmöglich geworden und die Hoffnung der Mutter, daß ihr Kind noch als eheliches anerkannt werde, zu Grunde gegangen ist. Die Frage, ob auch die Mutter das Kind in ähnlicher Weise ehelich sprechen lassen könne, ist aber zu verneinen. Die persönliche Zustimmung der Mutter kann in jenem ersten Falle wohl durch eine benigna interpretatio vorausgesetzt, die des Vaters aber kann nicht ergänzt werden durch das Gericht, da es sich hier um die Aufnahme eines Kindes in seine Familie und in sein Geschlecht handelt und der Vater immerhin dem unehelichen Kinde ferner steht als die Mutter. Es wäre aber ungereimt, das Kind nur der Mutter nicht auch dem Vater gegenüber als ehelich zu erklären. Das wäre ein halbeheliches Kind, ein Begriff, der sich selber widerspricht.

3. Meinung der Ehefrau. Es ist nicht gerade die Zustimmung der Ehefrau nothwendig.

§ 710.

[233]. Den erbberechtigten Verwandten und dem Gemeindrathe des Heimatsortes des angeblichen Vaters bleibt es vorbehalten, gegen eine fingirte Vaterschaft Einsprache zu erheben.

1. Dies geht, wie der frühere § 233 ausdrücklich sagte, sowohl auf die Fälle des § 707, wie auf diejenigen der §§ 708 und 709. (Entscheid des Bundesgerichtes (ZGR. III, 87.) Diese Einsprache steht den erbberechtigten Verwandten mit Rücksicht darauf zu, daß die Bestimmungen jener Paragraphen zur Umgehung der Erbgesetze mißbraucht und so die natürlichen Erben durch eine fingirte Vaterschaft verdrängt werden könnten; der Gemeinde, insofern sie dadurch vielleicht zur Armenunterstützung von ihr bisher fremden Kindern genöthigt werden könnte. Der Beweis der Fiktion ist freilich in manchen Fällen schwer zu führen; aber in andern wird es doch gelingen, diese Ueberzeugung dem Richter aus dem Zusammenhang der vorausgegangenen Umstände klar zu machen. In derartigen Fällen hat der Einsprecher als Kläger aufzutreten. (Z. XII, 108, Nro. 33; XV, 84 Erw. 3, vgl. § 686.)

2. Erbberechtigten Verwandten, nämlich nur denen, die zur Zeit der Eingehung der Ehe der angeblichen Eltern Präsumtiverben des Vaters waren. (ZGR. I, 250, OG. 1874, Nro. 17.)

Viertes Kapitel.

Findelkinder.

§ 711.

[314]. Kinder, deren Eltern unbekannt geblieben sind (Findelkinder), erhalten das Gemeindebürgerrecht derjenigen Gemeinde, in welcher sie zuerst gefunden worden sind.

Vorbehalten bleibt die nachherige Ausmittlung des dem Kinde angeborenen Gemeindebürgerrechtes.

1. Die Frage der Einbürgerung der Findelkinder wurde von verschiedenen Seiten in der Kommission von 1853 erwogen. Anfangs traten sich zwei Ansichten schroff entgegen, die eine, daß die Findelgemeinde in Ermanglung einer anderen nachweisbar verpflichteten Gemeinde die Findelkinder als Bürger aufzunehmen und zu besorgen habe, die andere, daß es Pflicht des Staates sei, auf seine Kosten solchen Kindern als Heimatlosen ein Gemeindebürgerrecht zu verschaffen. Für die erstere Ansicht wurde angeführt, eben weil keine andere Beziehung zu einer andern Gemeinde klar sei und doch jede einheimische Person auch einer Gemeinde angehören müsse, so bleibe nichts übrig, als durch die einzig bekannte Beziehung, den Ort der Findung die Gemeinde bestimmen zu lassen, welcher das gefundene Kind zufalle. Ueberdem entspreche diese Behandlungsweise auch der bisherigen Praxis und habe den Vortheil, daß es der Gemeinde eher als dem ferner stehenden Staate gelingen werde, die Mutter ausfindig zu machen und dann die wahre Heimatgemeinde des Kindes auszumitteln. Für die zweite Ansicht wurde

bemerkt, daß es an einem eigentlichen Rechtsgrund, aus dem die Findelgemeinde hafte, doch fehle, daß die größere Gemeinschaft leichter die Kalamität trage, als eine einzelne Gemeinde, daß überdem die größeren und reicheren Gemeinden, namentlich die Städte, ohne ihre Verschuldung einer erhöhten Gefahr ausgesetzt seien, Findelkinder annehmen zu müssen. Zuletzt verständigte sich die Kommission dazu, zwar die Verpflichtung der Findelgemeinde zur Einbürgerung auszusprechen, aber den Staat auch zu einem Beitrage anzuhalten, und so die Beschwerde jener zu ermäßigen. (Vgl. § 713.)

2. Des angebornen Gemeindebürgerrechts. Wenn die Mutter des Kindes gefunden wird, so ist damit auch die wahre Heimatgemeinde des Kindes entdeckt, und die Findelgemeinde, welche nur subsidiär hatte haften müssen, wird nun ihrerseits frei.

3. Der frühere § 314 enthielt noch den Zusatz: (Vorbehalten bleibt) „die Versorgung und Aufnahme des Kindes in einer andern Gemeinde und auf Veranstaltung der Findelgemeinde innerhalb Jahresfrist.“ Dies wurde gestrichen, in der Meinung, daß kein solcher Handel zwischen Gemeinden über das Bürgerrecht von Findelkindern stattfinden solle, wie er, so viel der Kommission bekannt, auch bisher in Wirklichkeit nicht vorgekommen ist.

§ 712.

[315]. Die Sorge für den Unterhalt, die vormundschaftliche Pflege und Erziehung der Findelkinder liegt der Gemeinde ob, deren Bürgerrecht dieselben erlangt haben.

Vorbehalten bleibt die Forderung derselben auf Wiedererstattung der Auslagen gegenüber den Eltern, Anverwandten und der Gemeinde, welcher das Kind, infolge späterer Entdeckung seiner wirklichen Abstammung, zuerkannt wird.

1. Der Schluß des Paragraphen ist in der Referendumsausgabe angestrichen, enthält aber bloß eine redaktionelle Verbesserung.

§ 713.

[316]. Der Staat ist verpflichtet, der Gemeinde, welche vier Jahre lang ein Findelkind versorgt hat, ohne daß dessen Herkunft entdeckt wurde, ein für alle Mal die Summe von vierhundert Franken als Beitrag zu bezahlen.

(Vgl. § 711, 1.)

Fünftes Kapitel.

Annahme an Kindesstatt (Adoption).

§ 714.

[235]. Die Annahme an Kindesstatt setzt auf Seite der adoptirenden Person, des Wahlvaters oder der Wahlmutter voraus:

a. daß dieselbe keine eheliche Nachkommenschaft habe;

b. daß sie wenigstens sechszehn Jahre älter sei als das Wahlkind (Adoptivkind);

c. daß der Wahlvater wenigstens fünfzig, die Wahlmutter wenigstens vierzig Jahre alt sei; wenn beide Ehegatten gemeinsam adoptiren und wenigstens zehn Jahre lang in kinderloser Ehe gelebt haben, so genügt auch für den Mann ein Alter von vierzig Jahren.

1. Im früheren § 234 war gesagt, daß durch Adoption die väterliche Vormundschaft über fremde Kinder erworben werde, und Bluntschli bemerkte dazu, an den eigenen unehelichen Kindern sei also keine Adoption möglich, die Eltern solcher Kinder sollen dieselben vielmehr durch die nachfolgende Ehe legitimiren; indessen werde eine Adoption deßwegen nicht rückgängig gemacht, wenn auch nachher bekannt werde, daß das Adoptivkind ein uneheliches Kind des Adoptivvaters selbst sei. Zudem ist ja jene Legitimation in vielen Fällen gar nicht möglich. Die Praxis hat denn auch in der That in einem solchen Fall die Adoption bewilligt. (OG. 1877, Nro. 41). Unter diesen Umständen und da überhaupt eine solche Beschränkung der Adoption nicht gerechtfertigt schien, ist der Paragraph gestrichen worden.

2. Eine Reihe von Kantonen kennen die Adoption nicht; so Graubünden, Aargau. Auch dem zürcherischen Rechte war dieselbe bis zur Einführung des pr. GB. 1853 fremd gewesen. Bluntschli sagt: „Im Allgemeinen steht das römische Familienrecht an humaner Ausbildung weit hinter dem deutschen zurück, dessen menschlich-wahre Prinzipien auch unser heutiges Familienrecht leiten. Aber durch die Aufnahme der Adoption haben die Römer das Familienrecht wesentlich und in bewunderungswürdiger Weise bereichert. Es ist ein erhebender Gedanke, daß es den Individuen unter Umständen möglich wird, ohne physische Zeugung und Geburt aus wesentlich sittlichen Gründen mit geistiger Freiheit das Eltern- und Kindesverhältniß nachzubilden, und daß das Recht diese Nachbildung ehrt und schützt. Das Bedürfniß von Personen, die in kinderloser Ehe oder unverheirathet leben, durch Annahme fremder Kinder den Mangel natürlicher Kinder zu ergänzen, ist oft in so hohem Grade vorhanden, daß jene sich völlig unglücklich fühlen, wenn sie nicht die Liebe und Sorge eines Vaters oder einer Mutter bethätigen und die Freuden der Eltern an dem Wachsthum und der Wohlfahrt eines Kindes genießen können. In derartigen Fällen wurde wohl bisher schon faktisch, aber eben weil nur faktisch, auch ungenügend, gesorgt. Jenes Bedürfniß zeigt sich besonders stark bei gebildeten und wohlhabenden Personen, die nicht genöthigt sind, alle ihre Kräfte für das eigene Fortkommen anzustrengen, sondern die Mittel besitzen, auch Andere an ihren Lebensgenüssen Theil nehmen zu lassen. Daher wurden zuweilen angenommene Kinder im Wohlstande erzogen und an zahlreiche Bedürfnisse der höheren Bildung und der sozial gehobenen Lebensstellung gewöhnt. Wenn dann aber der Pflegevater starb, auf dessen Vermögen ihre ganze äußere Existenz beruhte, geriethen sie plötzlich wieder in eine einsame hülflose Lage; denn jenes Vermögen fiel nun an die Blutsverwandten des Pflegevaters, als seine rechtmäßigen Erben, und zu diesen gehörte das Pflegekind nicht. Die reichliche Unterstützung, welche dieses bisher genossen hatte, erwies sich dann als ein schweres Unglück, denn sie hatte Ansprüche geweckt, die jetzt nicht mehr befriedigt werden konnten, und

die Fähigkeit zu harter Arbeit nicht geübt, welche nun die Noth dennoch forderte. Diesen Uebeln tritt das Gesetz entgegen, indem es den Pflegeeltern die Befugniß ertheilt, das thatsächliche Verhältniß rechtlich zu heiligen und zu befestigen. Dem Mißbrauche der Adoption aber sucht das Gesetz theils dadurch zu wehren, daß es die Anwendung derselben überhaupt auf die Fälle beschränkt, in denen das Bedürfniß dafür offenbar wird, theils im Einzelnen für Prüfung der Gründe sorgt. Die Besorgniß, daß die Erbgesetze durch Adoptionen leicht umgangen und die Familien verwirrt werden, ist überdem nicht hoch anzuschlagen, denn in der Regel werden nur Personen sich zu einer Adoption entschließen, welchen Wohlthun und Sorge Bedürfniß ist, und die eben um dieser Opferfreudigkeit und um dieser Empfänglichkeit willen für die edelsten Pietätsverhältnisse auch die Beziehungen zu ihren natürlichen Verwandten zu würdigen wissen und zu schonen geneigt sind.

In der Kommission von 1853 erhob sich gegen die Einführung dieses Institutes keine Opposition aber es wurde das Bedenken angeregt, ob nicht eine weitere Beschränkung der Art aufzunehmen sei, daß die Adoptiveltern in der Ehe gelebt haben müssen, indem die Adoption doch hinwieder die eheliche Erzeugung nachbilde und es genügend scheine, wenn nur denen, welche nicht auf dem natürlichen Wege eheliche Kinder erhalten haben, es möglich gemacht werde, solche auf künstliche Weise zu bekommen. Indessen wurde auf eine derartige Beschränkung in Erwägung der Mannigfaltigkeit des Lebens und seiner Bildungen und im Interesse der individuellen Freiheit verzichtet. Es wurde insbesondere bemerkt, daß auf weiblicher Seite diese Schranke besonders schwer empfunden würde, indem die Eingehung einer Ehe nicht ebenso von dem freien Willen der Frauen wie der Männer abhänge, und z. B. an folgende Fälle erinnert: Nach dem Tode des Bräutigams will und kann die Braut sich nicht mehr verheiraten, aber sie wünscht vielleicht sogar ein eheliches Kind ihres Bräutigams oder ein Kind, dem dieser faktisch seine Pflege gewidmet hat, an Kindesstatt anzunehmen. Auch könne ein derartiges Bedürfniß bei alten Personen eintreten, z. B. bei militärischen Veteranen, die nicht mehr heirathen wollen, und es sei doch kein innerer Grund da, sie an der gewünschten Adoption zu verhindern, indem diese als eine geistig-sittliche Zeugung auch einseitig einem Vater oder einer Mutter zustehe und nicht wie die physische, zwei Geschlechter voraussetze.

2. Keine eheliche Nachkommenschaft haben. Die uneheliche Nachkommenschaft ist kein Hinderniß und die eheliche natürlich auch nur auf so lange, als sie lebt. Hat aber einmal die Adoption stattgefunden, und es gewinnt nachher der Wahlvater oder die Wahlmutter eheliche Kinder, so wird dadurch die Wirkung der Adoption nicht aufgehoben."

3. Sechszehn Jahre älter. Die Nachbildung der natürlichen Zeugung muß das nothwendige Altersverhältniß dieser beachten, d. h. das Wahlkind muß dem Alter nach ein Kind der Adoptiveltern sein können. Der Regierungsrath hat aber in einem Falle Dispens von diesem Requisite ertheilt und in Gutheißung eines gegen die Justizdirektion erhobenen Rekurses die Adoption einer nur um 14 Jahre jüngeren Person bewilligt. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1879, p. 97.) Doch dürfte seine Kompetenz hiezu starken Zweifeln unterliegen. (Vgl. § 716, 2.)

4. Wahlvater wenigstens fünfzig u. s. f. Durch diese Alterserfordernisse soll verhindert werden, daß nicht Personen in einer Altersperiode adoptiren, für welche die eheliche Erzeugung als Regel gelten muß. Hiedurch wird auch der Mißstand, daß

vorerst Kinder adoptirt und nachher doch noch eheliche Kinder gewonnen werden, zu seltener Ausnahme beschränkt. Die Zeugungskraft der Männer über fünfzig Jahren und die Fruchtbarkeit der Frauen über vierzig Jahren ist gewöhnlich geschwächt, wenn auch nicht erstorben, und überdem liegt in so vollreifem Alter eine Garantie gegen leichtsinnige Kindesannahmen.

5. Gemeinsam adoptiren. Der Regierungsrath stellte diesem Falle den gleich, wo ein Mann ein uneheliches Kind seiner Frau adoptirte, verlangte also auch da für den Adoptivvater nur ein Alter von 40 Jahren. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R., 1870, 253.)

6. Die Annahme an Kindesstatt beruht ganz auf dem freien Willen des Adoptirenden. (Vgl. § 721.) Demnach ist eine Klage auf Erfüllung eines Adoptivversprechens nicht statthaft, weil es überhaupt keinen rechtlichen Zwang zur Eingehung von Familienverhältnissen gibt. Dagegen wurde eine Klage auf Zahlung einer Konventionalstrafe für zuläßig erklärt. (Z. X, 312, Nro. 7.)

§ 715.

[236]. Die Adoption kann, insofern der Adoptirende in der Ehe lebt, von Seite bloß des einen Ehegatten oder von Seite beider Ehegatten erfolgen.

Auch im ersteren Falle ist die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich.

1. Bloß des einen Ehegatten, welcher dann allein Wahlvater oder Wahlmutter wird. Es ist möglich, daß ein Ehegatte, der z. B. aus erster Ehe ein Kind hat, nicht adoptiren kann, während der andere es kann. Steht der adoptirende Theil unter öffentlicher Vormundschaft, z. B. die Ehefrau eines Konkursiten, so hat auch ihr Vormund seine Zustimmung hiezu zu ertheilen. (Z. XIV, 423, Nro. 100.)

2. Zustimmung des andern Ehegatten, des Ehemannes oder der Ehefrau. Es darf nicht die Kindesannahme auf Unkosten des ehelichen Friedens durchgesetzt, noch der Ehegatte, der nicht adoptiren will, faktisch durch die Kindesannahme des andern Ehegatten mit erweiterten Familiensorgen der Art belastet werden. In der Regel darf die fehlende Zustimmung des andern Ehegatten auch nicht amtlich ergänzt werden. Eine Ausnahme ist wohl da zuläßig, wo dieser Ehegatte überall keinen eigenen Willen zu äußern fähig, z. B. wenn er wahnsinnig ist, und sich aus den Umständen ergibt, daß die Kindesannahme auf das eheliche Leben keinen störenden Einfluß hat.

§ 716.

[237]. Ist das Kind, welches an Kindesstatt angenommen werden soll, noch minderjährig, so ist außerdem erforderlich, daß der annehmende Theil während wenigstens sechs Jahren die Erziehung oder den Unterhalt desselben besorgt oder ihm sonst während dieser Zeit persönliche Aufmerksamkeit und Pflege gewidmet habe.

1. Diese Bestimmung hindert ein leichtsinniges Vorgehen oder allzu rasche Entschlüsse und gibt für eine ernste sittliche Begründung des neuen Familienverhältnisses

Garantie. Selbst das edle Mitleid mit einer verlassenen Waise kann, wenn es nicht von verständiger Vorsicht geleitet wird, zu einer unbesonnenen Annahme eines schlecht gearteten Kindes verleiten. Da sichert die Hemmung des Gesetzes die sorgfältige längere Prüfung der Lebenserfahrung. Und überdem verlangt es, daß vor der formellen Kindesannahme sittliche Bande der Pietät und Sorge zwischen Wahleltern und Kind entstanden und allmälig befestigt worden seien.

2. Jemand wollte drei Geschwister adoptiren, von denen das jüngste noch nicht 6 Jahre alt war. Der Regierungsrath gestattete die Adoption auch dieses Kindes. Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1875 p. 341, Nro. 2; vgl. § 714, 3.

§ 717.

[238]. Ist dasselbe volljährig, so ist erforderlich, daß erhebliche Gründe für ein derartiges Familienverhältniß sprechen, und zugleich die betreffenden Personen während wenigstens drei Jahren entweder in gemeinschaftlicher Haushaltung gelebt oder der eine Theil dem anderen während dieser Zeit besondere Pflege und Aufmerksamkeit gewidmet habe.

1. Aehnliche Gründe wie die des § 716 haben auch hier zu einer Beschränkung geführt. Die Prüfungszeit ist aber abgekürzt, weil die Betheiligten schon ein reiferes Alter haben und die Erfahrungen daher auch reicher und umfassender sind, indem sie sich auf ein längeres Leben erstrecken. Beispiel einer Abweisung Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1866 p. 173.

§ 718.

[239]. Abgesehen von dem Falle des § 715 kann Niemand von mehreren Personen zugleich an Kindesstatt angenommen werden.

1. Es kann wohl Jemand von zwei Ehegatten adoptirt werden, nicht aber zugleich Adoptivkind in mehreren Familien werden. Vgl. Code civil § 344.

§ 719.

[240]. Die Annahme mehrerer Kinder ist zuläßig.

§ 720.

[241]. Die Annahme an Kindesstatt ist bei dem Waisenamte des Heimatsortes des Adoptirenden einzuleiten.

1. Solothurn, § 319, schreibt vor, daß für das Wahlkind auch das Bürgerrecht des Adoptirenden erworben werden müsse. Unser Gesetz verlangt das nicht. Man fürchtete, vielleicht nicht mit Unrecht, es könnte etwa, wenn jenes als Bedingung der Adoption gefordert würde, ein Gemeindrath durch den Einfluß der Anverwandten des Adoptivvaters, dessen Erbschaft sie zu verlieren fürchten, bewogen werden, seine Zustimmung zu der Bürgeraufnahme zu verweigern, und dadurch die Adoption verhindern. Dagegen bestimmt das Gemeindegesetz vom 20. April 1875

(Off. S. Bd. XVIII, 524) § 24 wie schon das Gemeindegesetz von 1866: „Adoptivkinder sind berechtigt, die Aufnahme in das Bürgerrecht des Adoptivvaters beziehungsweise der Adoptivmutter für die halbe Einkaufssumme zu verlangen, insofern die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sind."

§ 721.

[242]. Der Annehmende und der Anzunehmende sind persönlich vor dem Waisenamte über ihre Verhältnisse einzuvernehmen und zu befragen, ob sie beiderseits aus freiem, eigenem Willen gesonnen seien, als Vater oder Mutter, beziehungsweise als Eltern auf der einen Seite und als Kind auf der anderen zu leben.

Ist der anzunehmende Theil noch unmündig, so ist statt seiner der Vater oder Vormund desselben persönlich vorzuladen.

Für Minderjährige ist auch die Zustimmung des natürlichen Vaters oder, wenn dieselben nicht unter väterlicher Vormundschaft stehen, des von dem Bezirksrathe dazu ermächtigten Vormundes nöthig. Der Vater oder Vormund ist ebenfalls persönlich vorzuladen.

1. Freiem eigenem Willen. Der Wille des Adoptirenden kann nie entbehrt oder ergänzt werden, eben so wenig der des mündigen Kindes. Auch der Minderjährige kann nicht wider seinen Willen durch den natürlichen Vater in eine Adoptivfamilie eingeführt werden. Nur der Unmündige, der noch keinen eigenen vom Recht anerkannten Willen hat, wird nicht persönlich vorgeladen, sondern dessen Vater oder Vormund als Stellvertreter desselben.

2. Unmündig, d. h. nicht 16 Jahre alt, s. § 10.

3. Für Minderjährige d. h. Solche, die nicht 20 Jahre alt sind, oder geheirathet haben, s. Eidg. Handlungsfähigkeitsgesetz Art. 1. Die Ansicht, daß auch für Volljährige die Zustimmung des Vaters nöthig sei, blieb in der Minderheit. Die Rücksicht auf die individuelle Freiheit und Selbständigkeit des Volljährigen war entscheidend.

§ 722.

[243]. Das Waisenamt hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden seien und der annehmende Theil persönliches Zutrauen verdiene, und übermacht die Akten mit seinem Bericht und Antrag versehen dem Bezirksrath.

§ 723.

[244]. Der Bezirksrath erneuert die Prüfung soweit nöthig und stellt seinen Bericht und Antrag an die Direktion der Justiz, welche unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath die definitive Genehmigung zur Kindesannahme ertheilt oder versagt.

1. Eine Adoption wurde abgelehnt, weil die Absicht der Petenten weniger auf Eingehung des Adoptivverhältnisses als auf eine Umgehung der Erbgesetze gerichtet sei. Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1868 p. 189.

§ 724.

[245]. Ist die Genehmigung ertheilt, so ladet der Bezirksrath den annehmenden und den anzunehmenden Theil vor, und wenn sie auf ihrem Entschlusse, ein elterliches und kindliches Verhältniß einzugehen, verharren, so erklärt er die Kindesannahme als nunmehr vollzogen.

Diese Kindesannahme ist amtlich bekannt zu machen.

1. Das Adoptivverhältniß beginnt als Rechtsverhältniß erst mit diesem Akt. Von da an erst treten die rechtlichen Wirkungen desselben ein. Dieser Akt entspricht der Trauung bei der Ehe. Wenn demnach nach erfolgter Genehmigung der Adoption durch die Justizdirektion, aber vor der feierlichen Erklärung der Kindesannahme durch den Bezirksrath, der Adoptirende stirbt, so fällt die Adoption dahin. Ferner erklärte im Jahre 1862 der Regierungsrath, wenn von zwei Ehegatten, welche ein Kind adoptiren wollen, der eine vor der Vollziehung dieses Aktes sterbe, so bleibe das stattgehabte Verfahren auch für den überlebenden Ehegatten ohne Wirkung. (Z. XIV, 423, Nro. 101.) Im Jahre 1881 dagegen erklärte er umgekehrt und wohl mit Recht, dann bleibe die Adoption durch den Ueberlebenden bestehen. (Amtsbl. 1881 p. 52.)

§ 725.

[246]. Das Wahlkind erhält den Geschlechtsnamen des Adoptivvaters oder der Adoptivmutter, dem der angeborene Geschlechtsname beigefügt werden kann, tritt in ihre Familie ein und erhält ihnen gegenüber alle Rechte und Pflichten eines ehelich geborenen Kindes. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen des Pflichttheilsrechtes.

1. Geschlechtsnamen z. B. A. Müller wird von F. Meier oder von F. Meier und seiner Frau adoptirt. Dann heißt er A. Meier oder A. Meier-Müller. Wird er von einer Frau adoptirt, so soll er nach der Ansicht von Bluntschli, die nun im Jahre 1886 vom Regierungsrathe gebilligt worden ist, nicht den Frauennamen, sondern den angebornen Geschlechtsnamen der Adoptirenden erhalten. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1886 p. 407). Die Uebung ist freilich anders, wohl deswegen, weil so leicht der Schein entstehen könnte, daß das Adoptivkind ein uneheliches Kind der Adoptivmutter sei.

2. Alle Rechte eines ehelich gebornen Kindes. Also auch in erbrechtlicher Beziehung ist die Gleichstellung der Wahlkinder mit den Ehekindern Regel. Vgl. § 869. Dagegen gibt ihnen gegenüber das Gesetz den Adoptiveltern eine größere Testirfreiheit, als gegenüber den Ehekindern. Vgl. § 971. Hiedurch wollte man den Adoptiveltern die Möglichkeit geben, nebenbei auch noch die Inteteſſen ihrer Blutsverwandten zu berücksichtigen; aber es soll das der individuellen Sorge im konkreten Falle überlassen bleiben. Im Uebrigen soll das Wahlkind ganz und nicht nur zum Theil an Kindesstatt treten. Ein Recht der Blutsverwandten wird dadurch nicht ver-

letzt, denn ein eigentliches Erbrecht tritt erst mit dem Tode des Erblassers ein. Vorher haben jene nur eine sehr ungewisse Aussicht und Hoffnung, die leicht auch aus andern Gründen nicht in Erfüllung geht, z. B. weil der hoffende Erbe vor dem vermeintlichen Erblasser stirbt, oder weil dieser gegen die Erwartung des erstern heirathet und in dem Ehekind auch einen nähern Erben erwirbt. Die Rechtsordnung braucht aber eine egoistische Leidenschaft der in ihren Erwartungen getäuschten Familienglieder nicht zu beachten, und so wenig sie um dessen willen Jemanden an der Ehe hindert, so wenig hemmt sie ihn in der Freiheit der Adoption.

Unter den Rechten, welche das Wahlkind durch die Adoption erwirbt, sind nur Privatrechte zu verstehen; das Bürgerrecht der Wahleltern fällt ihm nicht zu. (Z. XIV, 424, Nro. 102.) Vgl. § 720, 1.

3. Pflichten. Dahin gehört auch die Unterstützungspflicht gegen die Wahleltern.

4. Vorbehalten. Dieser Vorbehalt ist neu hinzugefügt, galt aber schon nach dem alten Rechte § 2029.

§ 726.

[247]. Mit den übrigen Verwandten der Adoptiveltern tritt es in keine erbrechtliche Verbindung, weder als Erbe noch als Erblasser.

1. Die Adoption übt ihre Wirkung nur in dem Verhältniß der Wahleltern und der Wahlkinder, nicht über diesen engsten Kreis hinaus. Das Wahlkind tritt daher weder zu den Eltern seiner Adoptiveltern (als Großeltern), noch selbst zu den ehelichen Kindern dieser (als Geschwistern), in eine Erbverbindung. Es wird nicht deren Erbe, noch von ihnen beerbt.

§ 727.

[248]. Die erbrechtliche Verbindung mit seiner natürlichen Familie bleibt fortbestehen, vorbehalten die näheren Beschränkungen des Erbrechtes.

1. Die Blutsverwandtschaft der Wahlkinder mit der angestammten Familie wird durch die Adoption nicht aufgehoben, und da das Erbrecht wesentlich auf jene gegründet ist, so dauert auch die Erbverbindung des Wahlkindes mit der natürlichen Familie als Regel fort. Vgl. § 870.

§ 728.

[249]. Die väterliche Vormundschaft des leiblichen Vaters erlöscht sobald diejenige des Wahlvaters beginnt.

1. Die väterliche Vormundschaft des Adoptivvaters beginnt mit dem Akte der Vollziehung der Adoption § 724. Mit diesem Momente kann er Herausgabe des Vermögens des minderjährigen Adoptivkindes verlangen. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1875 p. 346, Nro. 1.)

§ 729.

[250]. Das Adoptivverhältniß kann wieder aufgelöst und das ursprüngliche Recht der natürlichen Familie hergestellt werden:

a. wenn beide Theile darüber einverstanden sind, unter Beobachtung derselben Formen, welche für die Eingehung erfordert worden;

b. wenn das als minderjährig adoptirte Kind innerhalb Jahresfrist seit Erlangung der Volljährigkeit aus zureichenden Gründen die Wiederherstellung begehrt;

c. wenn der Wahlvater oder die Wahlmutter die Auflösung deshalb begehrt, weil das Wahlkind sich durch sein Verhalten der Kindschaft unwürdig erzeigt hat.

1. Das Adoptivverhältniß wird nicht auf Jahre, noch auf Kündigung, sondern als ein dauerndes Verhältniß für das ganze Leben abgeschlossen. Aber wenn sogar die Ehe durch die Scheidung aus zureichenden Gründen wieder gelöst werden kann, so muß noch eher die Möglichkeit einer Lösung des Adoptivverbandes zugelassen und es darf hier ohne Gefahr dem freien Willen der verbundenen Personen auch eine lösende Wirkung zugestanden werden.

2. Unter Beobachtung derselben Formen, d. h. unter Mitwirkung der Vormundschaft. Vgl. §§ 720 u. ff. Auch eine öffentliche Bekanntmachung ist nicht zu entbehren. Vgl. § 724.

3. Das als minderjährig adoptirte Kind. Dadurch wird gesorgt, daß das unmündige Kind, das, ohne gehört zu werden, adoptirt ward, oder das minderjährige Kind, welches zwar gehört wurde, aber noch eine unvollkommene Einsicht in die Folgen der Adoption hatte, als es sich zu derselben bereit fand, nach erlangter Volljährigkeit wieder aus einem Familienzusammenhang austreten könne, der seiner Individualität nicht zusagt.

4. Unwürdig. Eine offenbare Verletzung der Pietätsrücksichten berechtigt die Adoptiveltern, das Verhältniß wieder zu lösen und das undankbare und ungerathene Wahlkind wieder zu verstoßen. Als eine solche erscheint aber die Heirath der Adoptivtochter gegen den Willen ihrer Adoptiveltern für sich allein noch nicht. (Rechenschaftsbericht des Reg.R. 1868 p. 189.)

5. Ein Streit über die Auflösung des Adoptivverhältnisses ist als Rechtssache von den Gerichten zu entscheiden. (Das. 1880 p. 259.)

Dritter Abschnitt.

Von der obrigkeitlichen Vormundschaft.

Erstes Kapitel.

Arten der Vormundschaft.

§ 730.

[317]. Unter die ordentliche Vormundschaft des Staates gehören:

a. die Minderjährigen, vorbehalten die Bestimmung des § 731;
b. die gerichtlich erklärten Verschwender;
c. die zu Zuchthausstrafe verurtheilten Sträflinge;
d. Personen, welche wegen Geisteskrankheit oder Leibesgebrechen dauernd außer Stande sind, ihr Vermögen selbst zu besorgen;
e. Personen, welche sich freiwillig unter Vormundschaft begeben haben.

Ferner werden durch die obrigkeitliche Vormundschaft vertreten:

f. die unbekannt wo Abwesenden.

1. Alte zürcherische Vormundschaftsordnungen finden sich schon aus den Jahren 1695, 1738, 1792 (vgl. Polizei-Samml. Bd. III, Nro. 2, Z. XIX, 408). Dann wurde das Vormundschaftsrecht, bevor es zu einer umfassenden Zivilgesetzgebung kam, durch das Vormundschaftsgesetz vom 21. Brachmonat 1841 neu geordnet, welches von Professor Bluntschli mit einem Kommentar versehen, und später mit wenig Abänderungen als Bestandtheil des privatrechtlichen Gesetzbuches aufgenommen wurde.

2. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Vormundschaft des Staates und der vormundschaftlichen Familiengewalt (Vormundschaft) des Vaters über seine ehelichen Kinder, oder des Ehemannes über seine Ehefrau. Die letztere, auch die natürliche Vormundschaft genannt, indem sie aus natürlichen Lebensverhältnissen aus der Ehe und dem Elternverhältnisse auf natürliche Weise hervorgeht, steht keineswegs unter der besondern Aufsicht der Vormundschaftsbehörden. Wo dieselbe vorhanden und wirksam ist, da bedarf es auch keiner — immerhin künstlichen — Begründung der obrigkeitlichen Vormundschaft, weil der Ehemann für seine Ehefrau, der Vater für seine Kinder zu sorgen eben so sehr durch seine sittliche Stellung berufen, als rechtlich durch die ihm innewohnende Vormundschaft angewiesen ist. Die obrigkeitliche Vormundschaft tritt daher nur ein, wenn entweder diese natürliche Vormundschaft ganz fehlt und doch schutzbedürftige Personen vorhanden sind, oder vorübergehend gehemmt ist. Aber nur im erstern Falle wird eine ordentliche Vormundschaft, Vogtschaft, Tutel begründet.

3. Demgemäß gehören unter dieselbe:

a. die Minderjährigen (vgl. unten §§ 735 ff.), insofern dieselben nicht unter der Familiengewalt ihres ehelichen Vaters stehen: also

α. die vaterhalb verwaisten ehelichen Kinder;

β. die ehelichen Kinder solcher Väter, welche selbst unter obrigkeitliche Vormundschaft gesetzt sind, z. B. die Kinder eines wahnsinnigen Vaters oder eines erklärten Verschwenders (vgl. § 682);

γ. die ehelichen Kinder solcher Väter, welche ihre Familiengewalt eingebüßt haben, ohne selbst bevormundet zu sein, s. § 681;

δ. die unehelichen Kinder, auch wenn der Vater derselben ausgemittelt sein sollte, indem das Recht der väterlichen Vormundschaft nicht aus dem bloß thatsächlichen Zeugungsverhältnisse folgt, sondern die Ehe der Eltern oder wenigstens das vorherige Verlöbniß der Eltern voraussetzt;

ε. die Brautkinder nach § 687;

ζ. die Findelkinder (§ 712).

b. die erklärten Verschwender. (Vgl. unten §§ 738 ff.); eidg. Handlungsfähigkeitsgesetz Art. 5, Ziff. 1.)

c. die zu Zuchthausstrafe verurtheilten Sträflinge. Vgl. Strafgesetzbuch, § 6. Die Kettenstrafe, welche nach dem alten § 317 die nämliche Wirkung hatte, ist durch Art. 5 der zürcherischen Verfassung vom 18. April 1869 beseitigt. (Vgl. Eidg. Handlungsfähigkeitsgesetz Art. 5, Ziff. 3.) „Die Handlungsfähigkeit kann nach Maßgabe der kantonalen Gesetze beschränkt oder gänzlich entzogen werden den zu Freiheitsstrafe Verurtheilten während der Dauer ihrer Strafe."

d. Personen, welche wegen Geistes- oder Leibesgebrechen außer Stande sind, ihr Vermögen selbst zu besorgen. (Vgl. unten § 737.) Dahin gehören ein erheblicher Grad von Blödsinn, Kretinismus, Wahnsinn u. s. f.; bloß vorübergehende Uebel der Art aber rechtfertigen die Bestellung einer ordentlichen Vormundschaft nicht (vgl. Eidg. Handlungsfähigkeitsgesetz Art. 5, Ziff. 1);

e. Personen, welche sich freiwillig unter öffentliche Vormundschaft begeben haben (vgl. unten § 741); Männer oder ledige Weiber. Die verheirathete Frau kann sich freilich nicht der natürlichen Vogtschaft ihres Ehemannes einseitig entziehen (vgl. Eidg. Handlungsfähigkeitsgesetz Art. 5, Ziff. 2);

f. die unbekannt Abwesenden. Es ist das eine Vormundschaft nicht über dieselben, sondern für sie. Der unbekannt Abwesende ist vollkommen handlungsfähig. (Vgl. Eidg. Handlungsfähigkeitsgesetz Art. 8.) Sobald er lebend erscheint und wo er sich zeigt, kann er mit voller Freiheit selbstständig Rechtsgeschäfte eingehen. (Vgl. §§ 743 ff.) Aber eben, weil er nicht zu finden ist, so bedarf er inzwischen einer vermögensrechtlichen Vertretung, und diese wird durch die obrigkeitliche Vormundschaft besorgt. Weil dieselbe durchweg eine andauernde ist, so wird sie von dem Gesetz zu der ordentlichen Vormundschaft gerechnet.

§ 731.

[317]. Die ordentliche Vormundschaft des Staates wird ausgeschlossen durch die Vormundschaft des Ehemannes über die Ehefrau und des Vaters über seine ehelichen Kinder.

Geräth aber ein Ehemann oder Vater in Konkurs oder kommt er selbst unter Vormundschaft, so werden die eheliche und väterliche Vormundschaft obrigkeitlich verwaltet. (§§ 613, 614, 681 und 682.)

1. In Konkurs. Nach §§ 613 und 681 dauert in den meisten Fällen die obrigkeitliche Vormundschaft auch noch nach Erledigung des Konkurses weiter, bis die Vormundschaftsbehörden den Gemeinschuldner wieder in seine Vormundschaftsrechte einsetzen. Der Grund, aus welchem die Frau eines Gemeinschuldners der obrigkeitlichen Vormundschaft bedarf, liegt nicht in einem Mangel an natürlicher Handlungsfähigkeit derselben, sondern darin, daß die eheliche Vormundschaft in diesem Falle dem Manne nicht mehr anvertraut werden kann, und die Frau eben dem Manne selbst und dessen Gläubigern gegenüber eines Schutzes bedarf. (Vgl. Bluntschli, Rechtsgeschichte II, 183 ff.; Z. XVI, 194, Nro. 1.) Der obrigkeitlichen Vormundschaft gegenüber hat die Frau alle diejenigen Vermögensrechte, die sie sonst gegen den Ehemann hat, und sie ist keineswegs etwa wie ein Minderjähriger zu behandeln. Ueberdem wird ihr sogar die eigene Verwaltung ihrer Einkünfte selbst überlassen (§ 759) und dadurch die überaus lästige und wenig fruchtbare Einmischung der Obervormundschaft in die Einzelheiten ihres Haushaltes sehr vereinfacht. Die Vormundschaft über die Frau eines Gemeinschuldners wird eingeleitet, sobald der Konkurs gegen den Ehemann eröffnet wird. Die Notariatskanzleien sind verpflichtet, der Vormundschaftsbehörde von einem derartigen Falle Kenntniß zu geben (§ 735). Diese kann aber auch von sich aus einschreiten, wenn sie irgendwie sonst davon Kenntniß erhalten hat. Die Nothwendigkeit, im Konkurse des Mannes die Rechte der Frau gehörig zu wahren, macht es in schwierigen Fällen wünschbar, daß ein Anwalt oder sonst ein rechtskundiger Mann mit diesem besondern Auftrag — als sogenannter curator ad litem — betraut werde. Insofern ist dieser Vertreter als außerordentlicher Spezialvormund zu behandeln, deßhalb aber die ordentliche Vormundschaft, wenn schon für den Augenblick wenig hervortretend, nicht entbehrlich.

2. Diese Vormundschaft findet auch dann statt, wenn die Frau des Gemeinschuldners selber in Konkurs gerathen ist. (Z. XII, 112, Nro. 36.)

3. In ähnlicher Weise ist auch die Vormundschaft der Obrigkeit über die Ehefrau eines Verschwenders oder Wahnsinnigen oder sonst obrigkeitlich bevormundeten Mannes zu behandeln. Nur tritt hier noch bestimmter hervor, daß diese obrigkeitliche Vormundschaft lediglich als Ausübung der ehelichen Vormundschaft aufzufassen ist. Die Ehefrau des Verschwenders kann eine brave Hausfrau sein, und sie kommt nur deßhalb unter obrigkeitliche Vormundschaft, weil die natürliche Vormundschaft ihres Ehemannes zwar als Recht fortdauert, aber, wie seine übrigen Vermögensrechte, nicht mehr von ihm selber frei verwaltet werden darf, sondern der Leitung und Kontrole der Obervormundschaft unterworfen wird. Die Vormundschaftsbehörden haben daher in allen solchen Fällen die Stellung einer Ehefrau sorgfältig zu berücksichtigen. (Vgl. § 614.)

§ 732.

[318]. Außerordentliche Vormünder (Kuratoren) werden bestellt:

a. in allen Fällen, wo aus besonderen Gründen die Vormundschaft des Ehemannes über die Frau oder des Vaters über die Kinder oder des ordentlichen Vermundes über die in § 730 bezeichneten Personen nicht ausreicht oder in einem auffallenden Maße vernachlässigt wird, und ein besonderer Schutz dieser Personen nothwendig erscheint;

b. für die ungeborene Leibesfrucht nach § 736;

c. wenn sonst eine vorübergehende außerordentliche Vertretung eines Menschen nöthig wird, welcher weder selbst handeln kann, noch durch eine anderweitige Vertretung geschützt wird, während Gefahr im Verzuge ist.

1. Von der ordentlichen Vormundschaft, der Tutel, Vogtschaft, wird unterschieden die außerordentliche Vormundschaft, Kura. Die ordentlichen Vormünder werden näher Vögte (Tutoren), die außerordentlichen Kuratoren (Pfleger) genannt. Der Gegensatz ist indessen nicht zu verwechseln mit dem römisch-rechtlichen zwischen tutela und cura.

Die außerordentliche Vormundschaft unsers Rechtes unterscheidet sich von der ordentlichen dadurch, daß entweder die regelmäßige Vormundschaft, sei es des Vaters oder Ehemannes, sei es des ordentlichen Vormundes, aus besondern Gründen ausnahmsweise nicht ausreicht, um die Interessen der schutzbedürftigen Personen gehörig zu wahren, etwa weil sein eigenes Interesse diesem zuwider läuft (M. VI, 66; B. V, 22, Nro. 16; Z. II, 333, Nro. 15; III, 374; XVIII, 32, Nro. 6 [erster Fall]), oder sonst eine privatrechtliche vorübergehende Stellvertretung einer an sich keineswegs handlungsunfähigen Person nöthig wird (dritter Fall), oder es der Sorge für eine erst dem Keime nach vorhandene zukünftige Person bedarf (zweiter Fall).

2. Zu a. (Vgl. §§ 606, 663). Z. B. ein Vater will mit einem seiner Kinder einen Vertrag abschließen, wodurch dieses ihm gegenüber verpflichtet werden soll. (Vgl. preußisches Landrecht, II. Tit. 18, § 29. — Zu Kaufverträgen zwischen Ascendenten und Descendenten oder zwischen Ehegatten über Liegenschaften ist die Zustimmung auch der minderjährigen Kinder erforderlich. Zu diesem Behufe ist eine außerordentliche Vormundschaft nothwendig (§ 443). — Ein Vater wird enterbt und statt seiner dessen minderjährige Kinder zu Erben eingesetzt. Der Vater bestreitet die Gültigkeit des Testamentes. Ein Spezialvormund für die Kinder soll deren Interessen wahren, nöthigen Falles auf dem Wege des Prozesses. Der Gemeindrath ist verpflichtet, sobald ihm ein solcher Fall zur Kenntniß kommt, das Nöthige vorzukehren. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1871, p. 115, Nro. 8.) — Ein Vater soll angehalten werden, Sicherheit zu bestellen für das Muttergut der Kinder. Unten § 775. (Vgl. preußisches Landrecht, II. Tit. 18, §§ 34—36. Oesterr. Gesetz, § 271.) Dagegen ist für die Pfandvindikation zu Gunsten der Ehefrau gegenüber einer beim Ehemann vor-

genommenen Pfändung ein außerordentlicher Vormund nicht nothwendig. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1874, p. 24, Nro. 16, vgl. § 734.)

Ferner. Die Ehefrau bedarf der außerordentlichen Vormundschaft nur, wenn für sie ein besonderer Schutz namentlich dem Ehemann gegenüber nothwendig wird; so zu gewissen Veräußerungen, § 592, zu Rechtsgeschäften und zu Prozessen mit dem Ehemann, mit Ausnahme des Scheidungsprozesses (§ 600), nicht dagegen zu Führung von Prozessen gegen Dritte, gegen welche der Ehemann sie nicht vertreten will oder nicht vertreten kann, z. B. weil er selber es mit der Gegenpartei hält, oder weil er abwesend ist. (Z. VI, 312, Erw. 2; X, 311, Nro. 6.) Sie bedarf ferner ausnahmsweise einer außerordentlichen Vertretung, wenn sie selbst z. B. wegen Geisteskrankheit außer Stande ist, ihre Rechte zu wahren, oder unter der nämlichen Voraussetzung der Mann unterläßt, als natürlicher Vogt für sie zu sorgen.

Endlich. Zwischen dem Vogt und dem Vögtling entsteht ein Rechtsstreit. Oder zwischen zwei Vögtlingen, welche dem nämlichen Vogte anvertraut sind, erhebt sich ein solcher. Im letztern Falle verordnet das österr. Gesetz, § 272, daß für jeden Vögtling ein anderer Spezialvormund ernannt werde. Nach unserm Rechte ist dieß nicht gerade nothwendig, wenn es auch oft wünschbar sein mag und sicher zulässig ist. Aber niemals darf der nämliche Vogt die entgegengesetzten Interessen zugleich besorgen. Alle diese Vormünder bedürfen übrigens einer besondern, auf das betreffende Geschäft bezüglichen Vollmacht. Eben darum sind sie Spezialvormünder.

3. Zu b. Es wird vorausgesetzt:

a. ein bereits empfangenes, aber noch nicht geborenes Kind,

b. der Mangel des natürlichen Schutzes durch den Vater,

c. ein besonderes Bedürfniß rechtlichen Schutzes.

Der Kurator hat voraus die zukünftigen Erbrechte des Kindes zu wahren, vgl. § 9, daneben aber auch andere Ansprüche desselben für den Fall zu schützen, daß es lebend geboren werden sollte. Nicht bloß die von einem verstorbenen Vater zurückgelassene eheliche Leibesfrucht, sondern auch die außereheliche bedarf dieses Schutzes. Vgl. Sachsen §§ 995—97.

4. Zu c. Die Vormundschaft des Staates hat nicht den Beruf, die Interessen aller derer zu wahren, welche für sich selbst sorgen können, aber dieß unterlassen. Sie wird daher nicht zu Gunsten eines Volljährigen eintreten, der sich aus dem Staube macht, um sich seinen Kreditoren oder einem Prozesse, in den er verwickelt wird, zu entziehen. Der Konkurs und das Kontumazurtheil sind die angemessenen Folgen, welche seiner Unterlassung drohen. Wohl aber wird in allerdings seltenen Fällen das schützende Einschreiten der Vormundschaft gerechtfertigt, wenn ein offenbares Bedürfniß einer Stellvertretung für einen Dritten vorliegt und es ohne dessen Schuld an einer solchen gebricht, ein Aufschub aber unstatthaft ist. Z. B. A ist bekannt abwesend, aber in feindlicher Kriegsgefangenschaft. Der Verkehr mit ihm ist unmöglich oder doch schwierig und zeitraubend. Nun sind in einem Konkurse seine Rechte als eines Kreditors zu wahren oder Erbansprüche sicher zu stellen. Dazu bedarf es einer Stellvertretung. — Ein Fremder, der hier niedergelassen ist, wird wahnsinnig. Als Fremder fällt er nicht unter die hiesige Vormundschaft, bedarf aber, bis die heimatliche Behörde sich seiner annimmt, einer Vertretung. — Ein Fremder stirbt und hinterläßt minderjährige Kinder, für die einstweilen vormundschaftlich gesorgt werden muß. (Vgl. § 768.)

Zweites Kapitel.

Entstehung der Vormundschaft.

§ 733.

[319]. Alle öffentlichen Vormünder und Kuratoren werden von den Vormundschaftsbehörden von Staates wegen bestellt.

1. Das Prinzip, welches alle Bestellung von öffentlichen Vormündern — im Gegensatze zu der natürlichen Vormundschaft des Vaters und des Ehemannes — von dem Staate ausgehen läßt, beruht auf der Idee der Obervormundschaft des Staates, die auch in unserm Rechte zur Herrschaft gelangt ist. (Vgl. über die geschichtliche Entwickelung dieses Prinzipes Bluntschli, Rechtsgeschichte 1, 457 ff.)

§ 734.

[320]. Sobald der Gemeindrath auf irgend welche Weise davon Kenntniß erhält, daß ein Fall der öffentlichen Vormundschaft eintrete, so bestellt er von sich aus vorläufig einen Vormund oder Kurator, wobei er auf allfällige Wünsche des verstorbenen Vaters oder der Anverwandten des Vögtlings geeignete Rücksicht zu nehmen hat, und stellt dem Bezirksrathe den Antrag zu definitiver Ernennung des Vormundes.

1. (Vgl. § 748.) Auch bei der Umwandlung einer Familienbevogtigung in eine ordentliche Vormundschaft ist sofort der Vormund zu ernennen, und nicht die Rechnungsstellung des früheren Vormundes abzuwarten. (B. III, 277, Erw. 3.)

2. Auf irgend welche Weise. Der Gemeindrath braucht mithin nicht zuzuwarten, bis z. B. die Verwandten einer der Vormundschaft bedürftigen Person ihm Kenntniß von einem solchen Falle geben. Selbst wenn die Verwandten z. B. eines blödsinnigen Menschen, der für sich selber zu sorgen außer Stande ist, eine öffentliche Bevormundung hindern wollen, so darf und soll der Gemeindrath dennoch einschreiten, sobald er sich davon überzeugt, daß die Anordnung der Vormundschaft durch ein Bedürfniß erheischt wird.

3. Wünsche des verstorbenen Vaters oder der Anverwandten. Unser Recht kennt somit die im römischen Rechte vorkommende Bestellung eines Vormundes durch die letzte Willensanordnung des Vaters nicht. (Bluntschli, Rechtsgeschichte II, 202.) Wohl aber verdienen voraus die ausgesprochenen Wünsche des verstorbenen Vaters, dann auch der lebenden Familie jederzeit sorgfältige Berücksichtigung und, wenn nicht das Interesse der zu bevormundenden Personen widerstrebt, in der Regel Entsprechung. Die Vormundschaftsbehörden sind nicht gebunden, den Wunsch der Familie zu erfüllen und ihren Rath zu befolgen; aber sie sind sittlich und rechtlich zugleich veranlaßt, ein offenes Ohr zu behalten für die Stimme des Vaters und der Familie, deren Glied auch der Bevormundete verbleibt.

4. Dem Bezirksrathe. Auch der Bezirksrath ist nicht gebunden an den Vorschlag des Gemeindrathes, sondern kann einen andern als den vorgeschlagenen Vormund ernennen, sobald er es den Verhältnissen des Bevormundeten gemäß findet.

§ 735.

[321]. Die nächsten Anverwandten eines verstorbenen Vaters, welcher minderjährige Kinder oder eine schwangere Frau hinterläßt, sind verpflichtet, mit möglichster Beförderung dem Gemeindrathe des Wohnortes und dem Gemeindrathe des Heimatsortes der Kinder von einem derartigen Todesfalle Kenntniß zu geben. Die gleiche Pflicht der Anzeige liegt ihnen gegenüber dem Gemeindrathe des Heimatsortes ob, wenn dauernde Geistes- oder Leibeskrankheit oder Abwesenheit eines Anverwandten die vormundschaftliche Obsorge nothwendig machen.

Ferner liegt es, wenn ein Ehemann oder Vater in Konkurs geräth, der betreffenden Notariatskanzlei ob, davon dem Gemeindrathe des Heimatsortes, bei einem Nichtkantonsbürger dem Gemeindrathe des Wohnortes, zum Behufe der Einleitung der Vormundschaft über die Ehefrau und minderjährigen Kinder des Gemeinschuldners und zur Wahrung ihrer Interessen im Konkurse Kenntniß zu geben.

Eine Versäumniß dieser Anzeige wird in Fällen grober Fahrlässigkeit oder absichtlicher Verheimlichung mit einer Buße von fünf bis fünfhundert Franken bestraft.

1. Dem Gemeindrathe des Wohnortes und dem Gemeindrathe des Heimatortes der Kinder; jenem, damit er die vorläufigen Maßregeln treffe (§ 768), diesem als der regelmäßigen Vormundschaftsbehörde (§ 765).

2. In Absatz 2 sind die Worte „bei einem Nichtkantonsbürger dem Gemeindrathe des Wohnortes" neu hineingeschoben; in Uebereinstimmung mit dem Konkursgesetze § 43; es ist dann Sache dieses Gemeindrathes, die nothwendigen ersten Schritte zu thun und sich mit den Heimatsbehörden des Vögtlings in Verbindung zu setzen.

3. Der zu Wahrung der Rechte der Ehefrau und Kinder im Konkurse des Ehemannes resp. Vaters bestellte curator ad litem (vgl. § 731, 1) ist nicht auf gleiche Linie zu stellen wie ein ordentlicher Vormund. Derselbe hat vorerst gar nicht alle Angelegenheiten der Bevormundeten zu besorgen; er ist vielmehr nur zur Ordnung schwebender Rechtsangelegenheiten bestellt; die übrigen Geschäfte besorgt der ordentliche Vormund, der neben ihm besteht. Ferner besteht keine gesetzliche Pflicht zur Uebernahme der Stelle eines curator ad litem, wie dieß bei ordentlichen Vogtstellen der Fall ist (§ 747). Die Verrichtungen eines solchen Curators sind daher als freie Dienste zu behandeln (Schweiz. OR. Art. 348) und demgemäß zu honoriren, insbesondere wenn derselbe nicht in einem nahen Pietätsverbande zu den Bevogteten steht. (Z. IV, 32.)

4. Buße. Unter Umständen kann die Verheimlichung in Verbindung stehen mit einem schweren Vergehen, z. B. mit einem Betrug, und die Bestimmungen des Strafgesetzes zur Anwendung kommen. Hier ist die Versäumniß einer nöthigen Anzeige

ganz aus dem Gesichtspunkte der vormundschaftlichen Verwaltung aufgefaßt und mit Ordnungsstrafen bedroht, welche nur in besonders erheblichen Fällen bedeutend werden. Im Uebrigen ist diese Strafbestimmung nicht erlassen worden, um der Bußenkasse neue Zuflüsse zu eröffnen, noch um hier einen unnatürlichen Formalismus zu begünstigen, sondern um den Vormundschaftsbehörden im Interesse der Bevormundeten bessere Garantie dafür zu verschaffen, daß sie zur rechten Zeit von Vormundschaftsfällen unterrichtet werden. Sie werden daher auf eine Ordnungsbuße auch nur da erkennen oder in wichtigen Fällen ein gerichtliches Verfahren einleiten, wo entweder böswillige Verheimlichung Strafe verdient oder wenigstens durch eine grobe Fahrlässigkeit der Verwandten die Interessen des Bevormundeten in Gefahr oder Schaden versetzt worden sind.

§ 736.

[322]. Auch der ungeborenen Leibesfrucht soll für die Zeit der Schwangerschaft der Mutter in allen den Fällen ein Vormund bestellt werden, in welchen, wenn das Kind bereits geboren wäre, demselben wegen Minderjährigkeit ein Vogt bestellt werden müßte.

§ 737.

[323]. Die Vormundschaft wegen Geisteskrankheit oder Leibesgebrechen setzt eine vorherige sorgfältige Prüfung des einzelnen Falles durch den Bezirksarzt mit Zuziehung des behandelnden Arztes oder durch einen Arzt an den kantonalen Krankenanstalten voraus. Der Antrag zu Anordnung der Vormundschaft wird von Seite der unteren Vormundschaftsbehörde an die obere gestellt. Gegen die diesfälligen Beschlüsse des Bezirksrathes steht sowohl dem Gemeindrathe als dem Betheiligten und dessen nächsten Anverwandten das Recht des Rekurses an den Regierungsrath zu.

1. Absichtlich sind die Geistes- oder Leibeskrankheiten, welche eine Bevormundung rechtfertigen, nicht aufgezählt. Ein freies Ermessen der Aerzte und der Behörde paßt besser zu der Mannigfaltigkeit der Natur. „Personen, welche blind oder taub geworden sind, können ihre Geschäfte oft sehr gut besorgen, so lange ihnen treue Hausgenossen oder Verwandte darin beistehen; sobald sie aber diese verlieren, kann ihre eigene Sicherheit es nothwendig machen, sie unter Vormundschaft zu stellen." (Vgl. Dr. Casimir Pfyffer's Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche Luzerns I S. 140.) Das Gutachten des Bezirksarztes ist nöthig zur Kontrole des behandelnden Arztes. Ist daher der Bezirksarzt zugleich behandelnder Arzt, so wird sein Substitut als amtlicher Arzt zuzuziehen sein. Natürlich steht es den untern und obern Vormundschaftsbehörden frei, in zweifelhaften Fällen noch weitere ärztliche Gutachten, z. B. des Medizinalrathes oder einzelner ausgezeichneter Aerzte, einzuholen. Auf den Entscheid über die Bevormundung sind derlei Gutachten natürlich von großem Einfluß; geradezu bindend sind dieselben nicht. (Vgl. § 836; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1881 p. 340.)

2. Die fakultative Prüfung durch einen an einer Kantonalkrankenanstalt angestellten Arzt ist deßhalb zugelassen, weil häufig geisteskranke Personen erst, nachdem sie in die

Irrenanstalt aufgenommen worden sind, unter Vormundschaft gestellt werden und in solchen Fällen die Zuziehung des Bezirksarztes als unnütze Formalität sich darstellt.

3. Die Besorgniß, daß Jemand wegen seines vorgerückten Alters und der damit verbundenen geistigen und körperlichen Schwäche den Einwirkungen Anderer leicht zugänglich sei, rechtfertigt die Anordnung einer Bevormundung nicht, so wenig als angeborne Charakterschwäche, die den Betreffenden ebenfalls nachtheiligen Einflüssen Dritter aussetzt, Grund hiezu abgibt. (B. IV, 135, Nro. 20.)

§ 738.

[324]. Die Bevormundung wegen Verschwendung ist entweder auf Anzeige der Verwandten des Verschwenders oder der betreffenden Armenpflege oder von Amtes wegen durch die erstinstanzliche Vormundschaftsbehörde einzuleiten. Dieselbe soll in allen Fällen, wo erheblicher Verdacht vorliegt, daß Jemand durch verschwenderische oder leichtfertige Lebensweise oder Geschäftsführung sein Vermögen zu Grunde richten werde, eine solche Person vorbescheiden und je nach Umständen entweder durch bloße Warnung und Ermahnuug dem Uebel zu steuern suchen oder sofort die Einleitung zur Bevormundung treffen.

Willigt der Vorbeschiedene in die Bevormundung ein, so ist nach § 741 zu verfahren. Verweigert er seine Zustimmung, so wird der Gemeindrath dem Bezirksrathe einen umfassenden Bericht über die Sachlage machen und den Antrag auf Bevormundung stellen.

1. Anzeige der Verwandten. Das Gesetz gestattet den Verwandten nur eine Anzeige bei den Vormundschaftsbehörden und stellt es diesen anheim, nach vorangegangener Prüfung die Einleitung zur Bevormundung zu treffen. Gegen eine abweisende Schlußnahme der untern Vormundschaftsbehörde können zwar die Verwandten bei der Oberbehörde Beschwerde einlegen, (Z. XIV, 425, Nro. 103) aber eine direkte Klage steht ihnen nicht zu, sie können auch nicht wegen der Verschwendung Sperrung der Grundprotokolle verlangen, sondern nur der Bezirksrath. (Z. XII, 111.)

2. Armenpflege. Der alte § 324 sagte „Kirchenpflege", weil diese bei Erlaß des privatr. GB. auch das Armenwesen besorgte, was seither anders geworden ist.

3. Erheblicher Verdacht. Ein strenger Beweis ist schon deßhalb nicht möglich, weil er sich nicht auf einzelne geschehene Thatsachen beziehen kann, sondern schlechte Eigenschaften eines Menschen in Frage kommen, welche die Oekonomie desselben möglicher Weise erst in der Zukunft zu zerstören drohen. Es genügt daher der Verdacht; aber dieser Verdacht muß nach gewissenhafter und unparteiischer Erwägung sich als ein erheblicher herausstellen. Wiederholte Prüfung durch zwei Instanzen soll die Gewähr liefern, daß auch die Vormundschaftsbehörden nicht leicht einer selbstständigen Person ihre Handlungsfähigkeit entziehen. Außerdem steht dem Betheiligten das Recht offen, auch die Kontrole der Gerichte anzurufen. (§ 740.)

4. Verschwenderische oder leichtfertige Lebensweise oder Geschäftsführung. Der alte § 324 sagte „leichtfertige und verschwenderische" u. s. w. Durch die erst von der Redaktionskommission adoptirte neue Fassung ist deutlich ge-

sagt, daß nur das Eine oder das Andere vorliegen muß, was übrigens nach Bluntschli's Kommentar auch schon früher die Meinung gewesen ist. Einzelne leichtfertige und verschwenderische Handlungen genügen nicht, um eine Bevormundung zu begründen. Auch ein ordentlicher Mann kann sich etwa zu solchen verleiten lassen. Eine dauernde Verdorbenheit, ein Grundgebrechen des Charakters muß sich zeigen. Hang zur Trunkenheit, zur Wollust, vagirendes Leben sind die gewöhnlichsten Gründe und Begleiter der Verschwendung. Derlei Fehler müssen aber in solchem Maße vorhanden sein, daß mit Wahrscheinlichkeit der zukünftige Ruin der Oekonomie eines solchen Menschen folgen würde, wenn man ihn ungehemmt schalten und walten ließe. (Bd. XIV, 387, Nro. 2.)

Unverständiges oder unbeholfenes Thun und Lassen eines Menschen, wodurch er sein Vermögen in Gefahr bringt, nennt man leichtfertige Geschäftsführung. Die Anordnung einer Bevogtigung aus diesem Grunde bedarf aber der sorgfältigsten Erwägung der obwaltenden Umstände. In die freie Bewegung eines Menschen darf nicht ohne genügende Gründe eingegriffen werden. (Z. VIII, 461.) Liberalitäten, welche auch in ungewöhnlichem Maße ein sonst verständiger Hausvater sich etwa erlaubt, sind kein Grund, ihn zu bevormunden. (Z. VII, 11; IX, 185.) Wenn aber zu solchem Zwecke der Wille eines Menschen von fremder Seite beeinflußt wird, und nicht mehr frei ist (Z. XXIII, 366, Nro. 9), oder wenn er durch Trölsucht, oder in übertriebener Gutmüthigkeit, sei es durch Freigebigkeit oder in anderer Weise, wie z. B. durch unüberlegtes Eingehen von Bürgschaften, seine ökonomische Existenz ernstlich in Gefahr bringt, dann allerdings ist ein Einschreiten der Behörden zu seinem Schutze nöthig. (Bd. XIII, 347, Nro. 16; Z. I, 179, Nro. 25.)

Ganz irrig meint man oft, es müsse einer sein ganzes Vermögen oder wenigstens einen bedeutenden Theil desselben auf liederliche Weise durchgebracht haben, damit er bevogtet werde. Im erstern Falle bliebe der Vormundschaft meistens nur ein trauriger Rückblick auf den Verlust, und zum Retten und Erhalten käme sie zu spät. Aber selbst, wenn noch kein Theil des Vermögens durchgebracht ist, kann sich die Bevogtigung rechtfertigen. (Z. II, 355, Nro. 39.) Z. B.: Ein unter Vormundschaft stehender Minderjähriger ist so schlecht geartet, daß mit Grund zu befürchten ist, er werde sein Vermögen verschwenden, sobald er von der Vormundschaft als Volljähriger entlassen werde. Die Vormundschaftsbehörden sind berechtigt, auf den Moment, in welchem die Vormundschaft wegen Minderjährigkeit aufhören muß, diejenige wegen Verschwendung einzuleiten. Vgl. § 831. Übrigens kann die Bevormundung auch dann verhängt werden, wenn kein Vermögen vorhanden ist. (Z. X, 324.)

5. Vorbescheiden. Die persönliche Vorbescheidung des Beklagten vor die Vormundschaftsbehörde oder eine Abordnung derselben (Bd. XIX, 32, Nro. 11) darf nicht unterlassen werden. Die persönliche Rücksprache mit dem Beklagten soll die Behörde in den Stand setzen, vom Sachverhalt genau Kenntniß zu erhalten, bevor sie zu irgend welchen Maßnahmen schreitet. Weigert sich der Beklagte, einer solchen Vorladung Folge zu leisten, so kann er peremtorisch unter geeigneter Androhung vorgeladen werden (Bd. XI, 401; Z. XIII, 236, Nro. 22). Ist derselbe abwesend und wegen großer Entfernung ein persönliches Erscheinen vor der Vormundschaftsbehörde deßhalb unmöglich, so sind ihm die nothwendigen Eröffnungen entweder unmittelbar durch schriftliche Mittheilung zu machen, oder es kann dies durch die Behörde des Wohnorts geschehen. (Z. II, 353, Nro. 37.) Hat die erstinstanzliche Vormundschaftsbehörde in dieser Beziehung etwas versäumt, so kann der Bezirksrath das Mangelnde nachholen (Z. XV,

93, Nro. 26). Das einmal eingeleitete Verfahren kann der Beklagte nicht durch einseitigen Verzicht auf sein angestammtes Bürgerrecht unwirksam machen. (Z. IX, 159.)

§ 739.

[325]. Der Bezirksrath ist nach vorläufiger Prüfung der Sache berechtigt, sofort eine Inventarisirung des Vermögens anzuordnen und bis zur Erledigung des Antrages sowohl werthvolle Vermögensstücke und Dokumente in Verwahrung zu nehmen, als durch gerichtliche Vermittlung Sperrung der Notariats- und Pfandprotokolle zu veranlassen.

1. Die vorläufige Inventarisirung hat den doppelten Zweck, eine umfassende Einsicht in den wirklichen Vermögenszustand einer solchen Person zu erlangen und weitere Verschleuderung bis zu gänzlicher Erledigung der Sache zu hindern. Die Erfüllung des ersten Zweckes wird mit dazu dienen, den Vormundschaftsbehörden auch für einen allfälligen Bevogtigungsprozeß vor den Gerichten geeignete Beweismittel zu verschaffen.

2. Die Sperrung der Notariats- und Pfandprotokolle macht dem Verschwender schon in der Zwischenzeit eine gültige Verpfändung seiner Liegenschaften durch das Notariatsprotokoll oder seiner Fahrhabe durch das Pfandbuch unmöglich. Da der Entscheid über die Nothwendigkeit solcher vorläufigen Maßregeln dem Bezirksrathe zusteht, so ist die Mitwirkung des Gerichtes auf diesem Stadium des Prozesses nur eine formelle. (Bd. XV, 207; Z. II, 354, Nro. 38; IV, 160, Nro. 12; XII, 111, Nro. 35). Vgl. § 738, 1.

§ 740.

[326]. Erkennt der Bezirksrath, welcher in der Regel den zu Bevormundenden persönlich einvernimmt, für den Fall, daß derselbe gerichtlich als Verschwender erklärt werde, auf Bevormundung, so ernennt er vorläufig einen Vormund und ertheilt diesem die nöthige Prozeßvollmacht, um auf gerichtlichem Wege jenen als Verschwender erklären und verrufen zu lassen.

Ein solcher Beschluß des Bezirksrathes, gegen welchen ein weiterer Rekurs nicht gestattet wird, ist öffentlich bekannt zu machen und Jedermann vor allem Verkehr mit dem Bevogteten zu verwarnen, mit der Androhung, daß, insofern das Gericht ihn wirklich als Verschwender erkläre, alle nach Bekanntmachung jenes Beschlusses mit demselben abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ganz so beurtheilt würden, wie die nach der definitiven gerichtlichen Verrufung eingegangenen.

1. Welcher in der Regel den zu Bevormundenden persönlich einvernimmt. Die persönliche Einvernahme des zu Bevormundenden durch den Bezirksrath wurde in der doppelten Absicht neu angeordnet, um eine gründliche Prüfung im einzelnen Fall zu fördern und dem Bezirksrathe Gelegenheit zu geben, daß er den

Vorgeladenen zu freiwilliger Unterwerfung unter die Vormundschaft bestimme, wenn dieselbe nöthig erscheint. Die Anweisung ist aber nicht absolut. Wenn der Bezirksrath sie nach der Lage des Falles überflüssig findet, so kann er sie unterlassen. Vgl. § 738, 4. Kompetent ist der Bezirksrath desjenigen Bezirkes, in welchem der Verschwender zur Zeit des Bevogtigungsbeschlusses Bürger ist, auch wenn nachher das Bürgerrecht sich ändert. (Rechenschaftsbericht des Reg.R. 1876, p. 158.)

2. Auf Bevormundung. Sobald vorläufig die Bevogtigung erkennt ist, so stehen den Vormundschaftsbehörden gegenüber dem Bevormundeten ganz die gleichen Rechte zu, wie bei einer definitiven Bevogtigung; sie können also von sich aus die sofortige gänzliche oder theilweise Einstellung eines bisher von dem Bevogteten betriebenen Berufes oder Gewerbes, ja selbst den Verkauf seines Heimwesens anordnen (Bd. XV, 203; XVI, 427); die Gerichte haben hierin nichts zu reden. Derlei eingreifende Maßnahmen werden übrigens die Vormundschaftsbehörden nicht ohne sehr erhebliche Gründe vor der definitiv ausgesprochenen Bevogtigung treffen.

3. Die öffentliche Bekanntmachung der vorläufig angeordneten Bevogtigung hat den Zweck, zu verhindern, daß der Verschwender nicht in der Zwischenzeit bis zur Erledigung des Prozesses zum Nachtheile seines Vermögens weitere Verschleuderungen vornehme, sei es durch Veräußerung seiner Sachen, sei es durch Eingehung von Schulden. Die große Gefahr, daß er sich durch antedatirte Verträge helfe, welche ganz zu verhindern vor dem gerichtlichen Schuldenrufe unmöglich ist, wird theils durch die vorhergehende Inventarisirung (§ 739), theils durch diese Bekanntmachung wenigstens in bedeutendem Maße gemildert und die Entdeckung solchen Betruges erleichtert.

4. Insofern das Gericht ihn als Verschwender erkläre. Erfolgt diese Erklärung nicht, wird also die Bevogtigungsklage abgewiesen oder der Entscheid derselben durch den inzwischen eingetretenen Tod des Beklagten verhindert, so bleibt die vorläufig angeordnete Bevogtigung ohne rechtliche Wirkung, d. h. es wird so angesehen, als sei dem Beklagten die Handlungsfähigkeit niemals entzogen gewesen. (Bd. XVII, 23, Nro. 28; Z. XVI, 227, Nro. 27.)

5. Die alten §§ 327 und 328 enthielten Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren im Bevogtigungsprozeß. An ihre Stelle sind nun die §§ 536—541 des Prozeßgesetzes getreten. Nach dem Vormundschaftsgesetze vom Jahr 1817, § 7, hatten die Vormundschaftsbehörden den materiellen Entscheid zu geben, die Gerichte nur die Publikation zu besorgen gehabt. Man fand aber, daß jene allzuleicht zur Bevogtigung schreiten und übergab daher den materiellen Entscheid durch das Gesetz vom Jahre 1841 den Gerichten. Das privatrechtliche Gesetzbuch stellte nun für diese den Grundsatz auf, daß der Bevogtigungsprozeß (das Entmündigungsverfahren der deutschen Verwaltungsgerichte) nach inquisitorischem Prinzip durchgeführt und der Entscheid nach freiem Ermessen des Gerichtes getroffen werden solle. Dieses Prinzip ist auch in § 538 des Prozeßgesetzes für solche Prozesse anerkannt.

§ 741.

[329]. Wer sich freiwillig unter obrigkeitliche Vormundschaft begeben will, hat diesen Willen sowohl schriftlich zu bezeugen, als überdies persönlich vor der erstinstanzlichen Vormundschaftsbehörde zu erklären.

Wenn der Bezirksrath auf den Bericht des Gemeindrathes sich davon überzeugt, daß das Begehren um einen Vormund auf dem freien Willen des zu Bevogtenden beruhe und daß genügende Gründe für eine Vormundschaft vorhanden seien, so beschließt er die Bevormundung und ernennt auf Antrag des Gemeindrathes den Vormund.

1. Der Wunsch, die Umtriebe des Bevogtigungsprozesses über Verschwender zu vermeiden, hat in manchen Fällen eine freiwillige Unterwerfung unter die Vormundschaft zur Folge.

Es ist möglich, daß eine solche Person nicht in ihrer Heimatsgemeinde wohnt oder sonst verhindert ist, persönlich vor dem Gemeindrathe ihrer Heimat zu erscheinen. In solchen Fällen kann auch eine andere Vormundschaftsbehörde von der heimatlichen angesucht werden, die persönliche Erklärung abzunehmen und der letztern zu übermitteln. Vgl. § 738, 4.

2. Der bloße Wunsch einer Person, sich unter Vormundschaft zu begeben, kann nicht genügen; denn die vormundschaftliche Verwaltung des Staates ist nicht dafür da, um die Oekonomie derer zu besorgen, welche fähig sind, ihre Interessen selbst zu verwalten. Es muß somit zu dem Willen des zu Bevormundenden ein objektives Bedürfniß hinzukommen. Der Regierungsrath hat erklärt, es genüge der Umstand, daß die betreffende Person außerehelich geboren habe, hiezu nicht. (Rechenschaftsber. des Reg.R. 1866, p. 175.)

3. Die freiwillige Bevogtigung war früher dem Gesetze unbekannt, kam aber doch in der Praxis vor, und wurde dann zuerst durch das Vormundschaftsgesetz von 1841 normirt.

4. Erstinstanzliche Vormundschaftsbehörde. Eine bloß in Gegenwart des Gemeindspräsidenten abgegebene schriftliche Erklärung genügt nicht. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1886 p. 191.)

5. Die Verhängung einer solchen Bevogtigung kann nicht vor den Gerichten angefochten werden. (B. XV, 58, Nro. 30.)

§ 742.

[330]. Sowohl die Bevormundung wegen Geisteskrankheit oder Leibesgebrechen als diejenige infolge freiwilliger Unterziehung sind durch den Bezirksrath öffentlich bekannt zu machen.

1. Die Bekanntmachung im Amtsblatt und in demjenigen Zeitungsblatte, welches als Publikationsmittel für die betreffende Gemeinde gilt, wird in den meisten Fällen genügen. Die Bevogtigung hat dritten Personen gegenüber nur Wirkung, wenn dieselbe gehörig publizirt worden ist, es wäre denn, daß der Dritte, welcher mit dem Bevogteten kontrahirt, gewußt hat, daß diesem die Handlungsfähigkeit entzogen sei. (B. IX, 43, Nro. 2; Z. XX, 181, Nro. 29.)

2. Das eidg. Handlungsfähigkeitsgesetz Art. 6 bestimmt, daß diese Bevormundungen, sowie die der Verschwender „gutgläubigen Dritten gegenüber erst, nachdem sie in einem amtlichen Blatte des Kantons, in welchem die Vormundschaft verhängt wurde, und wenn der Bevormundete in diesem Zeitpunkte in einem andern Kanton seinen Wohnsitz

hatte, auch in diesem Kanton veröffentlicht worden sind. Nach dieser Veröffentlichung erzeugen die von dem Entmündigten" (Bevormundeten) „vorgenommenen Rechtsgeschäfte, welche nicht durch das kantonale Recht ihm zu freiem Abschluß vorbehalten sind, nur diejenigen Wirkungen, welche das Bundesgesetz über das OR. in den Art. 30, 32—34 den von Personen mit beschränkter Handlungsfähigkeit abgeschlossenen Verträgen des Mobiliarverkehrs zuerkennt."

§ 743.

[331]. Die Vormundschaft für einen unbekannt wo Abwesenden wird von den Vormundschaftsbehörden (§ 734) angeordnet, wenn der Aufenthalt desselben ein ganzes Jahr hindurch unbekannt geblieben ist und der Abwesende für keinen gehörigen Stellvertreter gesorgt hat.

1. Vgl. preuß. Landrecht, II, Tit. 18, § 20, und Bluntschli Rechtsgeschichte II. S. 214.

Die Vormundschaft verwaltet das Vermögen des Verschollenen (§§ 12, 13), der Zinsgenuß aber kommt den Präsumtiverben desselben zu (§§ 912 u. ff.). Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1872, p. 58.

2. Diese Bestimmung ist zwingenden Rechts, für einen solchen Abwesenden muß ein Vormund ernannt werden. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1881, p. 339.)

§ 744.

[332]. Der Zeitpunkt, auf welchen die letzte sichere Kunde von dem Leben des Abwesenden sich bezieht (§ 11), ist im Protokolle des Waisenamtes bei der Bestellung eines Kurators vorzumerken.

1. Es ist das wichtig, weil von diesem Zeitpunkte an die Frist für die Verschollenheit (§§ 12 ff.) und die Todeserklärung (§ 14) gerechnet wird.

§ 745.

[333]. Auch vor Ablauf des ersten Jahres der Abwesenheit wird für den nicht vertretenen unbekannt wo Abwesenden ein Vormund bestellt, wenn Gefahr im Verzuge ist.

Dieselbe Anordnung findet Statt, wenn eine vorübergehende Stellvertretung eines Abwesenden dringend nöthig wird, dessen Aufenthaltsort zwar bekannt, dem es aber nicht möglich ist, zur rechten Zeit selbst für eine Stellvertretung zu sorgen.

1. Vor Ablauf des ersten Jahres. Dahin gehören insbesondere Fälle der Art: Ein Vater macht seinem Leben durch Selbstmord ein Ende, macht aber zugleich den Beweis seines Todes unmöglich. Er hinterläßt zwar keine insolvente, aber immerhin eine zerrüttete Oekonomie, die rasch einschreitender Obsorge bedarf. In diesem Zustande der Ungewißheit, ob derselbe noch lebe oder todt sei, ist eine Stellvertretung

durch die Erben unzulässig, weil die nothwendige Voraussetzung des Erbrechtes — die Gewißheit des Todes des Erblassers — fehlt. Es bedarf demnach einer Stellvertretung durch die Vormundschaft.

2. Bekannt. Z. B. Ein in Amerika abwesender Bürger hat einen Bevollmächtigten ernannt, der hier seine Vermögensangelegenheit besorge; dieser Bevollmächtigte stirbt oder geräth in Konkurs, und es fehlt, während Gefahr im Verzuge liegt, an einer Stellvertretung. (Vgl. preuß. Landrecht, II, Tit. 18, § 27.)

§ 746.

[334]. Bei der Bestellung von Vormündern soll auf rechtschaffene, verständige und des Zutrauens sowohl der Vormundschaftsbehörden als der Bevormundeten würdige Männer gesehen werden und sind voraus taugliche Anverwandte derselben zu berücksichtigen.

1. Das zürcherische Recht vor 1853 lenkte die Aufmerksamkeit vorzugsweise auf die väterlichen Anverwandten (die Vatermagen), in Uebereinstimmung mit dem Erbrechte zu welchem auch nur diese berufen waren. Das privatr. GB. spricht allgemein von tauglichen Anverwandten der Bevormundeten, umfaßt somit sowohl die väterlichen als die mütterlichen (Vatermagen und Muttermagen), der Entwickelung unsers Rechtes gemäß, welches von keinem Rechte der nächsten Erben auf Vormundschaft mehr weiß. Mit den Bedürfnissen und Verhältnissen der Familie aber sind die mütterlichen Anverwandten oft eben so vertraut als die väterlichen, und in einzelnen Fällen wird bei jenen größere Fähigkeit und mehr aufopfernde Sorgfalt zu treffen sein als bei vielleicht entferntern Vatermagen. Mißtrauen gegen die Mutter und ihretwegen auch gegen ihre Anverwandten darf nicht als Regel betrachtet werden, wenn es schon in einzelnen Fällen sich rechtfertigen wird. Es ist somit durch das Gesetz der weitere Kreis der Familie herbeigezogen.

2. Immer aber kann die Vormundschaft nur Männern übertragen werden. Selbst die Mutter ist unfähig die Vormundschaft über ihre Kinder auszuüben. Es haben freilich bei Anlaß der Revision des privatr. GB. einige Frauen Namens eines Frauenvereins darum petitionirt, daß dieses Recht auch der Mutter gegeben werde (s. Vorrede p. 17), und es ist dabei darauf hingewiesen worden, daß wie das französische, preußische, österreichische, englische, so auch schon das römische Recht dies gestattet habe. Auch der „Gerichtssaal" vom 26. März 1887 vertrat diesen Standpunkt, indem er auf die auf demselben stehenden Kantone Waadt, Wallis, Neuenburg, Tessin, Freiburg, Genf, Bern, Aargau, Solothurn, Thurgau, Graubünden hinwies. Darauf wurde aber erwiedert, daß das erst zur Zeit des Verfalls des römischen Rechtes und nur gegen das eidliche Versprechen der Mutter, nicht wieder zu heirathen, bewilligt worden sei, von welchem Versprechen die Römer später selbst sagten, daß es doch nicht gehalten werde, weshalb dann wenigstens der Eid erlassen wurde. Die Behörden und Kommissionen fanden, daß die Frau Vormünderin unseren Volksanschauungen nicht entspreche, und daß kein genügender Grund vorhanden sei, eine Aenderung der letzteren herbeiführen zu wollen. Erzieherin der Kinder bleibt ja die Mutter nichts desto weniger (§ 654), und wenn sie vertrauenswürdig ist, wird ihr der Bezirksrath auch die freie laufende Wirthschaft übertragen (§ 760).

§ 747.

[335]. Die Uebernahme einer Vogt- oder Kuratorstelle ist eine allgemeine Bürgerpflicht und kann nur aus erheblichen Gründen abgelehnt werden; die Entscheidung über die Statthaftigkeit solcher Gründe steht in erster Instanz dem Bezirksrathe, in zweiter der Direktion der Justiz zu. Jedenfalls ist Niemand verpflichtet, gleichzeitig mehr als höchstens zwei Vormundschaftsstellen zu übernehmen.

1. Manche Gesetze zählen die einzelnen zulässigen Ablehnungsgründe auf. Absichtlich ist dieß in dem unsrigen unterlassen worden. Besondere Privilegien, wodurch einzelne Klassen von Personen, z. B. höhere Staatsbeamtete als solche, von der Verpflichtung zur Vormundschaft befreit werden, anerkennt es nicht, und die aus den faktischen Verhältnissen sich ergebenden Ablehnungsgründe sind so mannigfaltig und zugleich ihrer Natur nach von so relativer Bedeutung, daß eine vollständige Aufzählung unmöglich, eine genaue gesetzliche Charakterisirung leicht schädlich wird. Gegen Willkür sichert die doppelte Prüfung zweier obern Vormundschaftsbehörden. Nur beispielsweise seien hier einige Entschuldigungsgründe angeführt: a. Feindschaft zwischen dem ernannten Vormunde und dem Vater der Minderjährigen (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1865, p. 186 lit. F; 1882 p. 291, Nro. 3); b. gegenseitig verwickelte Vermögensverhältnisse mit verschiedenen Interessen, dagegen nicht eine bloß vorübergehende Kollision der Interessen. Das. 1871, p. 118 e.; c. Krankheit des Vormundes; d. eine derartige Entfernung desselben von dem Wohnsitze des Bevormundeten, daß dadurch die Ausübung der vormundschaftlichen Verwaltung sehr erschwert wird; e. Uebermaß öffentlicher Geschäfte; f. hohes Alter; nach einer Verordnung des Regierungsrathes vom 4. Juni 1836, § 2, über sechszig Jahre, nach späteren Entscheiden desselben befreit jedoch ein Alter von 60 Jahren nicht von der Pflicht. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1865, p. 187; 1880, p. 264, Nro. 5.)

2. Einen Ablehnungsgrund hat das Gesetz ausdrücklich hervorgehoben, den der Zahl der übernommenen Vormundschaftsstellen. Es kam bei der Vorberathung des Gesetzes zuerst zur Sprache, geradezu die Zahl auf eine oder auf zwei Vormundschaftsstellen zu beschränken. Dagegen wurde angeführt, in manchen Fällen sei eine Vormundschaft zu wenig, in andern zwei zu viel. Darum wurde der im Gesetze gebrauchte Ausdruck gewählt, welcher auch hier wieder den Vormundschaftsbehörden ein freieres Ermessen einräumt. Die Besorgung einer leichten Vormundschaft wird daher an sich nicht genügen, um eine zweite abzulehnen; die Besorgung einer mit vieler Mühe verbundenen Stelle aber wird von der Belastung mit einer zweiten, eben so schwierigen befreien. Es versteht sich, daß die Vormundschaft über mehrere minderjährige Kinder Eines Vaters nur für Eine Stelle zählt. Dieser Ablehnungsgrund kann auch dann noch — immerhin auf einen angemessenen Zeitpunkt hin — geltend gemacht werden, wenn die dritte Vormundschaft angenommen worden ist. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1876, p. 160.)

3. Ablehnungsgesuche sind von dem Bezirksrathe in erster und von der Justizdirektion in zweiter Instanz zu entscheiden. Dem Waisenamte steht ein Beschwerderecht über derlei Beschlüsse nicht zu. (Z. XIV, 427, Nro. 105; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1881, p. 340; 1883, p. 329.)

4. Dies gilt nicht für den curator ad litem im Konkurse; es gibt keine gesetzliche Pflicht der Uebernahme dieser Stelle. (Z. IV, 32.)

5. Der Regierungsrath erklärte wiederholt, die Verpflichtung zur Uebernahme einer Vormundschaft beziehe sich auch auf die im Kanton niedergelassenen Fremden (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1864 p. 186; 1868, p. 190). Später aber fand er, ein solcher könne nicht zur Uebernahme einer Vogtstelle angehalten werden. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1878, p. 140.)

§ 748.

[336]. Der vorläufig ernannte Vormund ist verpflichtet, in der Zwischenzeit, seitdem ihm von seiner Ernennung amtliche Kenntniß gegeben worden ist, bis zur Erledigung seines Ablehnungsbegehrens diejenigen Geschäfte des Bevormundeten zu besorgen, für welche er entweder von Seite der Vormundschaftsbehörde einen besonderen Auftrag erhalten hat, oder bei welchen er wußte oder wissen konnte, daß Gefahr im Verzuge sei.

1. Die Verantwortlichkeit eines vorläufig ernannten Vormundes (s. § 734) für die Zwischenzeit ist zu unterscheiden von der Verantwortlichkeit des definitiv bestellten und mit den nöthigen Akten ausgerüsteten Vormundes (§§ 780 und 781). Diese bezieht sich auf die gesammte Vermögensverwaltung des Bevormundeten; jene beschränkt sich auf zwei Fälle:

a. Wenn der Vormund von der Vormundschaftsbehörde einen besondern Auftrag erhalten hat, ein Geschäft auszuführen, und aus der Nichterfüllung dieses Auftrages oder verkehrter Erfüllung desselben Schaden entstanden ist; sei es, daß dabei der Vormund mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit den Schaden veranlaßt hat. Z. B. er erhält den Auftrag, im Konkurse eines Ehemannes für dessen Ehefrau und Kinder die erforderliche Eingabe zu machen, und versäumt dieß. — Von einem Manne, der seinerseits glaubt, genügende Ablehnungsgründe zu haben gegen die Uebernahme einer Vogtschaft, darf man vor dem Entscheide darüber nicht fordern, daß er von sich aus sich angelegen sein lasse, alle Interessen des Bevormundeten zu besorgen. Aber durch den besondern Auftrag für ein einzelnes Geschäft wird ihm die Veranlassung gegeben, diesem Geschäfte seine Aufmerksamkeit zuzuwenden, und die Richtung seiner Thätigkeit bezeichnet. Das Interesse des Bevormundeten gestattet es nicht, daß er sich auch einem solchen Auftrage lediglich entziehen könne durch Unthätigkeit oder Weigerung.

b. Wenn der vorläufig bestellte Vormund wußte oder wissen konnte, daß Gefahr im Verzuge sei. Hier liegt das entscheidende Moment, welches ihn bestimmen soll, sich der hülflosen Lage des Bevormundeten für ein besonderes Geschäft vorläufig anzunehmen, in der drohenden Gefahr und in seinem Wissen von dieser Gefahr. Die Worte „oder wissen konnte“ haben nicht den Sinn, die Verantwortlichkeit übermäßig auszudehnen, — das „können“ im weitesten Sinne mag weit reichen —; sondern sie sind beigefügt, um bösen Willen oder grobe Fahrlässigkeit auch aus dem Schlupfwinkel eines angeblichen Nichtswissens hervorzutreiben.

2. Das gemeine Recht macht die Verantwortlichkeit des Vormundes abhängig von dem spätern Entscheide über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ablehnungsgründe. (Z. XIV, 427, Nro. 105.) Bei einer so festen Theorie über die Ablehnungsgründe, wie das römische Recht sie hatte, mochte sich diese Auffassung begreifen lassen. Für unser System wäre sie in den einen Fällen zu ausgedehnt, in den andern zu beschränkt.

§ 749.

[337]. Wenn von der zu bevormundenden Person nach der Einleitung des vormundschaftlichen Verfahrens oder von dem Vögtling Vermögensstücke beseitigt oder bei der Inventarisation des Vermögens verheimlicht oder unredlicher Weise Schulden vorgespiegelt werden, so ist derselbe mit Polizeistrafe, bestehend in Gefängniß bis auf drei Monate, oder Buße bis auf tausend Franken, oder mit Gefängniß und Buße zu belegen.

Derselben Strafe unterliegen auch Dritte, welche sich solcher Handlungen schuldig machen, oder sich bei denselben betheiligen.

Vorbehalten bleibt die Anwendung des Strafgesetzbuches auf die unter dasselbe fallenden Handlungen.

1. Dieser Paragraph trifft nur dann zu, wenn die zu bevormundende Person ihre eigenen Sachen den Vormundschaftsbehörden verheimlicht und dadurch die Aufnahme eines richtigen Status unmöglich macht. Wenn dagegen ein Miterbe vor der amtlichen Inventarisation des Nachlasses Erbschaftsgegenstände zum Nachtheil der übrigen Miterben auf die Seite geschafft hat, so fällt dieß unter den Begriff der Unterschlagung. (Z. VIII, 350, Nro. 5.)

2. Polizeistrafe. Das Obergericht hat erklärt, daß die hier mit Strafe bedrohten Handlungen als Vergehen aufzufassen seien, also unter das Strafgesetzbuch fallen, und also die Voruntersuchung Sache des Statthalteramtes sei (Z. XI, 280, Nro. 10; OG. 1861, p. 29). Hiegegen wurde in der Expertenkommission bemerkt, daß nach § 1 des Strafgesetzbuches eine Handlung, welche in diesem nicht mit Strafe bedroht sei, nicht als Vergehen bestraft werden könne und es wurde daher die Strafe ausdrücklich als Polizeistrafe bezeichnet. Es gelten also dafür die Vorschriften der §§ 1040 ff. des Prozeßgesetzes. Dagegen mußten dann in einem neuen Absatz 3 die Fälle wirklicher Vergehen, wie Unterschlagung oder Betrug, vorbehalten werden.

3. Dritte. Der alte § 337 hatte nur gesagt „allfällige Theilnehmer". Das ist jetzt deutlicher und richtiger gefaßt; nicht nur Theilnehmer, sondern auch solche Dritte, welche allein handeln, sind strafbar. Und um Dritten jede Ausrede zu nehmen, ist § 750 neu hinzugefügt worden.

§ 750.

[neu]. Die zur Aufnahme des Inventars zugezogenen Personen sind auf die Bestimmungen des § 749 aufmerksam zu machen.

Vgl. § 749, 3.

§ 751.

[338]. Weigert sich ein Vormund beharrlich, seine Bürgerpflicht zu erfüllen, so wird er nicht bloß dem Bevormundeten für allen Schaden verantwortlich, welcher aus der Nichterfüllung seiner Pflicht hervorgeht, sondern er ist überdies nach fruchtloser Androhung (Strafgesetzbuch § 80) wegen Ungehorsames dem zuständigen Gerichte zur Bestrafung zu überweisen.

Bis zum Antritte der Verwaltung durch den ungehorsamen Vogt ist auf dessen Kosten dem Bevormundeten durch die Vormundschaftsbehörden ein Kurator anzuweisen.

1. Ein direkter Zwang zur Erfüllung dieser Bürgerpflicht ist unmöglich, ein indirekter nicht immer genügend. Erzwungene Dienstleistung ist überdem oft schlechte Dienstleistung. Darum muß die Möglichkeit, einen andern Vormund zu bestellen, offen bleiben. Aber auch die Strafe und ein gewisses Maß von Zwang darf nicht ausbleiben, damit nicht die Bürgerpflicht illusorisch werde.

2. Nach fruchtloser Androhung. Diese Worte sind neu hinzugefügt worden gemäß § 80 des Strafgesetzbuches, nach welchem eine Ungehorsamsstrafe nicht ohne vorherige Androhung verhängt werden kann. (Vgl. Zürcher Kommentar zum Strafgesetzbuch § 80, 1.)

§ 752.

[339]. Die ordentlichen Vormünder (§ 730) können angehalten werden, die nämliche Vogtstelle wenigstens während vier Jahren zu besorgen.

1. Zu verbinden mit § 747. Eine andere, neue Vormundschaft kann Jemand darum nicht ablehnen, weil er während vier verflossener Jahre eine Vormundschaftsstelle bekleidet hat.

2. Aus zureichenden Gründen kann ein Vormund auch vor Ablauf der vier Jahre entlassen werden. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1876, p. 160.)

Drittes Kapitel.

Pflichten und Rechte des Vormundes.

§ 753.

[340]. Jeder Vormund ist verpflichtet:

a. über das zu verwaltende Vermögen ein Inventar zu begehren und auch seinerseits mitzuwirken, daß dasselbe vollständig und richtig sei;

b. alle Werthschriften und ähnliche Dokumente des Vögtlings dem Waisenamte zur Aufbewahrung in der Schirmlade zu übergeben.
c. das Vermögen des Vögtlings als ein guter Hausvater zu besorgen, dessen Nutzen zu fördern und Schaden zu wenden; zu diesem Behufe hat er namentlich die Gebäude und Liegenschaften in gutem Zustande zu erhalten, für gehörige Versicherung und Zinsbarmachung der vorhandenen Gelder oder Schuldforderungen besorgt zu sein, die ausstehenden Zinsen gehörig einzuziehen u. s. f.;
d. über seine Verwaltung Rechnung zu führen und von Zeit zu Zeit, mindestens alle zwei Jahre, Rechenschaft abzulegen;
e. die Anleitungen der Vormundschaftsbehörden zu beachten und ihre Aufträge gewissenhaft zu vollziehen;
f. da, wo die Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde nothwendig ist, dieser umfassenden Bericht zu erstatten und Antrag zu stellen;
g. nach Beendigung seiner Vormundschaft das Vermögen an seinen Nachfolger oder den vormaligen Vögtling auf Grundlage des Inventares und der seitherigen Rechnungen zu übergeben.

1. Zu a. Es ist wünschbar, daß der Vormund schon bei der ersten Errichtung des Inventars anwesend sei, theils um auch hier die Interessen des Bevormundeten zu wahren, theils damit er von dem Zustande der Oekonomie durch lebendige Anschauung so frühzeitig als möglich Kenntniß erhalte. Dieß wird dadurch möglich gemacht, daß der Gemeindrath nach § 734 vorläufig einen Vormund oder Kurator bestellen soll. Aber auch nachträglich soll der Vormund auf Berichtigung von Irrthümern oder auf Ergänzung von Mängeln dringen, an welchen das Inventar leidet. (Vgl. § 778.) Das Kassabuch des Vergängers kann er nicht verlangen, sondern nur einen Auszug über diejenigen Posten, welche ein Interesse für die Zukunft haben. (Z. XIV, 427, Nro. 106.)

2. Das Inventar soll auch dann erhoben werden, wenn der bevormundete Minderjährige in einem Monat volljährig wird. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1872, p. 55 lit. a.)

3. Zu b. Vgl. § 796. Hiezu gehören auch Sparkassahefte. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1872, p. 53 lit. b.) In einem Falle hat indessen die Justizdirektion erklärt, daß es genüge, wenn der Vormund einen Empfangschein für das Sparheft in die Schirmlade lege, falls nicht besondere Gründe des Mißtrauens vorliegen. (Rechenschaftsber. des Reg.-R. 1869, p. 196.) Sonst aber darf die Uebergabe von Werthschriften in die Schirmlade nur dann unterbleiben, wenn durch die Deponirung Schaden für den Vögtling entstehen könnte. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1886, p. 409.)

4. Der Vormund soll sich bei der Uebernahme der Vormundschaft vergewissern, ob solide Titel von seinem Vorgänger angeschafft worden sind. (Z. XXII, 60.) Er haftet auch für solche Titel, welche er ungeprüft direkt aus dritter Hand in die Schirmlade legen läßt. (Z. XX, 92 Erw. 4.)

5. Der Vormund hat dieser Verpflichtung Genüge geleistet, wenn er den Titel zu Handen der Schirmlade den versammelten Mitgliedern des Waisenamtes übergeben, oder falls diese nicht gerade versammelt sind in die Gemeinderathskanzlei oder zum Gemeindspräsidenten gebracht und dort gegen gehörigen Empfangschein abgegeben hat. (Z. XXV, 390, Erw. 12.)

6. Zu c. Die Tendenz, das Vermögen des Bevormundeten möglichst sicher zu stellen, soll vorherrschen, aber nicht zum Schaden des Bevormundeten selbst. Es ist möglich, daß eine rasche Ankündigung unversicherter Forderungen und Betreibung des Schuldners das Kapital selbst mit größerer Wahrscheinlichkeit dem Untergange entgegenführen würde als eine angemessene Zögerung, welche dem Schuldner Zeit läßt, seine Kräfte zu sammeln. Wo im Namen des Bevormundeten Handelsverkehr oder sonst ein Gewerbe betrieben wird, da ist Versicherung der Forderungen in den meisten Fällen unmöglich, weil jener und dieses Kredit zu geben genöthigt sind. Das Hauptprinzip, welches in allen Fällen zur Anwendung kommt, ist immer das im Eingange von litt. c ausgesprochene. Ein bloß formelles Abthun der Geschäfte widerstrebt dem Geiste der Vormundschaft; die Besorgung und Beachtung wechselnder und mannigfaltiger Interessen bedarf einer freien und gesunden Beurtheilung der Bedürfnisse und der Mittel ihrer Befriedigung; und es steht schlimm um die Bevormundeten, wenn die Vormünder vorzugsweise darauf zu sehen genöthigt und gewöhnt werden, ihrer Verantwortlichkeit durch äußerliche Beachtung abstrakter Regeln sich zu entschlagen. Für eine gute Verwaltung der Vormünder sind zwar objektive Schranken ihrer Befugnisse und nöthigende Vorschriften unentbehrlich; aber innerhalb der gesetzten Schranken ist ebenso nothwendig eine gewisse Freiheit der Entscheidung je nach Umständen.

Der Vormund hat namentlich auch darüber zu wachen, ob etwa die Sicherheit angelegter Gelder verschlechtert werde. (Z. XXII, 60.) Er kann sich nicht darauf berufen, daß eine fehlerhafte Kapitalanlage schon von seinem Vorgänger gemacht worden sei, wenn er dies schon zu einer Zeit wissen konnte, wo die Abwendung des Schadens noch möglich gewesen wäre. (Z. VIII, 51.)

7. Zu d. Kürzere Rechenschaftstermine, z. B. jährliche, kann die Vormundschaftsbehörde ansetzen (vgl. § 802); in der Regel genügen aber zweijährige. Selbst wenn kein Vermögen vorhanden ist, so darf dennoch eine zweijährige Rechenschaft nicht fehlen. Sie wird nur um so kürzer ausfallen.

8. Zu e. Der Gemeindrath soll nicht mit Umgehung des Vormundes handeln. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1871, p. 119.)

9. Zu f. Der Vormund steht dem Bevormundeten näher als die Behörde; er darf sich daher auch in schwierigen Fällen nicht das eigene Denken ersparen und die ganze Sorge der Behörde in den Schooß werfen. Er soll selbst prüfen, und wo er nicht von sich aus handeln darf, umfassend berichten und der Behörde seinen Antrag nach bestem Wissen und Gewissen stellen. (Vgl. Spöndlin in Bd. I, 289 ff. und Bluntschli, Rechtsgeschichte II, 210.)

10. Im Falle Absterbens des Vormundes liegt den Erben desselben die nämliche Verbindlichkeit ob, wie denjenigen des Mandatars. (Schweiz. O.-R. Art. 403.) Sie haben daher insbesondere über die Geschäftsführung ihres Erblassers bis zu dessen Tode Rechnung abzulegen. Ein Streit hierüber unterliegt jedoch nicht dem Entscheide der Vormundschaftsbehörden sondern ist Rechtssache. (Z. XIV, 428, Nro. 107.)

§ 754.

[341]. Der Vogt hat überdies für die geistige und körperliche Wohlfahrt des Vögtlings nach Kräften Sorge zu tragen. Insbesondere ist der Vormund Minderjähriger verpflichtet, für die gute Erziehung, für religiöse und sittliche Entwicklung und für eine der Fähigkeit, dem Vermögen und den sonstigen Verhältnissen angemessene Berufsbildung seiner Vögtlinge wie ein Vater zu sorgen.

1. Auf den Entscheid über die Berufsbildung ist namentlich auch die Neigung des Minderjährigen selbst von Einfluß; denn oft entspringt die Neigung aus Anlage. Entscheiden darf aber die Neigung nicht, sie kann auch eine thörichte, oder vorübergehende, oder sonst verkehrte sein. Ebenso sind hier die Verhältnisse der Familie, die Sitte, Pietätsrücksichten mit Umsicht zu erwägen.

2. Erziehung. Der Vormund kann auch das Kind seiner Mutter wegnehmen, falls diese wieder heiratet (Rechenschaftsbericht des Reg.R. 1861, p. 109), jedoch nicht ohne gewichtige Gründe. (Z. XIV, 421.)

3. Minderjähriger. Der alte § 341 sagte „Unmündiger". Die Kommission fand aber, daß hier eben so gut wie im § 807 von Minderjährigen gesprochen werden könne, zumal heutzutage die Aufgabe der Erziehung weiter gefaßt werde als im Jahre 1853.

§ 755.

[342]. Der Vormund ist berechtigt:

a. von dem Vögtling Achtung und Gehorsam zu fordern;

b. das Vermögen des Bevormundeten zu verwalten und als Stellvertreter des Vögtlings für denselben zu handeln und Rechtsgeschäfte abzuschließen, innerhalb der allgemeinen in seiner Stellung liegenden und der besonderen durch die Vormundschaftsbehörde ihm ertheilten Vollmacht;

c. in schwierigen Fällen die Vormundschaftsbehörde um Rath und Anleitung anzugehen.

1. Die dießfälligen Rechte des Vormundes sind ähnlich denjenigen des Vaters über die Kinder, wenn schon beschränkter. Ungehorsam des Bevormundeten kann daher häusliche Strafe und zwingende Maßregeln nach sich ziehen; der Vormund kann in schwierigen Fällen, in denen seine Macht nicht ausreicht, selbst die Hülfe der Vollziehungsbeamteten, des Gemeindammanns, beziehungsweise Statthalters, ansprechen, z. B. wenn es nothwendig wird, einen entlaufenen Vögtling zurückzubringen.

2. Die Vertretung des Vögtlings gegenüber dritten Personen steht ausschließlich dem Vormunde zu, nicht den Vormundschaftsbehörden, welche nur den Vormund zu beaufsichtigen und ihn zu gewissen Handlungen zu bevollmächtigen haben. Für Ansprachen an den Vögtling ist demnach nur er zu belangen. Ein unmittelbares Auftreten der Vormundschaftsbehörden für den Vögtling mit Umgehung des Vormundes

sollten die Gerichte entschieden zurückweisen. (Bd. XIII, 271, Nro. 67; Z. I, 181, Nro. 27; IV, 179, Nro. 33; XI, 26; XIV, 433, Nro. 112; Rechenschaftsbericht des Reg.R. 1871, p. 120.)

3. Vgl. Bluntschli, Rechtsgesch. II, p. 206, 207. Stellvertreter vgl. schweiz. OR., Art. 36 ff.

§ 756.

[343]. Ein anwesender mündiger Vögtling soll sowohl zur Aufnahme und Anerkennung des Inventars als zu allen wichtigen Berathungen über seine Angelegenheiten zugezogen und seine Ansicht darüber vernommen werden.

Der Vormund und die Vormundschaftsbehörden sind indessen an diese Ansicht nicht gebunden.

1. Mündig, d. h. 16 Jahre alt, s. § 10. Die Mündigkeit ist in der Regel mit einem gewissen Grad geistiger Entwicklung verbunden und begründet auch in der allgemeinen Auffassung des Volkes eine Mittelstufe zwischen der gänzlichen Unmündigkeit und der Volljährigkeit, so daß sich an dieses Moment eine Erweiterung der Rechte des Bevormundeten schicklich anknüpfen ließ. In dieser Zwischenperiode soll er durch das eingeräumte Recht der Berathung zur vollen Selbständigkeit erzogen werden und zugleich Gelegenheit erhalten, an der Wahrung seiner Interessen Antheil zu nehmen. Vgl. § 804.

2. Diese Vögtlinge sollen auch über die Person eines neu zu bestellenden Vormundes zu Rathe gezogen werden (Rechenschaftsbericht des Reg.R. 1882, p. 291, Nro. 3); auch über ihre Plazirung (das. 1860, p. 108).

§ 757.

[344]. Wenn einem Minderjährigen das Spargut (Sparhafen) zu eigener Besorgung anvertraut wird, so steht demselben freie Verfügung darüber zu. Ebenso kann er frei und selbständig, gleich einem Volljährigen, über das verfügen, was ihm zu diesem Behufe geschenkt worden, oder was er durch seinen Fleiß erworben hat, soweit er nicht hierin ausnahmsweise durch besondere Anordnung der Vormundschaftsbehörde beschränkt wird.

1. Einem Minderjährigen, im engeren Sinn, der bereits mündig geworden ist. Vgl. österr. Gesetz, § 246; Bluntschli, Rechtsgeschichte II, S. 191. — Ein solcher Minderjähriger kann somit Sachen, welche zu seinem Spargute gehören, oder Vermögen, das er durch seinen Fleiß erworben hat, gültig veräußern und darüber rechtsverbindliche Verträge abschließen, vorausgesetzt, daß er nicht ausnahmsweise durch die Vormundschaftsbehörde hierin beschränkt wird. Diese ist berechtigt, sobald genügende Gründe dafür vorhanden sind, nicht bloß die selbständige Verwaltung des Spargutes und selbst des erworbenen Vermögens ihm zu versagen, sondern auch, wenn derselbe dieser Freiheit sich unwerth zeigt, hinterher ihn wieder zu beschränken. So weit er aber nicht ausnahmsweise beschränkt worden ist und so weit seine Rechtsgeschäfte sich auf solches Sondergut beziehen, sind dieselben so zu behandeln, wie wenn ein Volljähriger dieselben vorgenommen hätte. Daraus folgt: Die Vormundschaftsbehörden

können ein innerhalb dieser Schranken abgeschlossenes Rechtsgeschäft nicht aus dem Grunde anfechten, daß sie zu diesem Geschäfte ihre Zustimmung nicht gegeben haben. Der gegen den Vormund zu Handen des minderjährigen Schuldners erhobene Rechtstrieb für eine derartige Schuldforderung kann somit aus jenem Grunde nicht gehemmt werden. Eine unmittelbare Betreibung des Minderjährigen ist nicht zulässig, weil, abgesehen von der Gültigkeit jener Verfügungen, die Vormundschaft im Uebrigen fortdauert und weder die Schuldbetreibung noch der Prozeß zu jenen Verfügungen selbst gehört.

2. Haben die Vormundschaftsbehörden dem Minderjährigen dieses Verfügungsrecht versagt oder hinterher entzogen, so sind seine Verfügungen ungültig, dieses subjektiven Mangels wegen. Wie aber, wenn der Dritte, welcher mit dem Minderjährigen kontrahirte, von dieser Beschränkung nichts wußte? Auch diesem gegenüber muß Ungültigkeit des Geschäftes deßhalb behauptet werden, weil diese Verfügungsfreiheit selbst nur als eine Ausnahme von der Regel der Handlungsunfähigkeit der Minderjährigen erscheint und nur unter der Voraussetzung verstattet wird, daß die Vormundschaftsbehörden dieselbe nicht aus besondern Gründen beschränkt haben. Eine vorsichtige Vormundschaftsbehörde wird übrigens in einem solchen Falle dafür sorgen, daß derlei Vermögensstücke dem Besitze des Minderjährigen entzogen und in die natürliche Gewere des Vormundes gebracht werden, und dadurch Mißbrauch verhüten.

3. Derlei Rechtsgeschäfte sind nur insofern gültig, als sie eine direkte Beziehung zu dem Spargute haben, und nur insoweit zu schützen, als dieses reicht. Somit sind keineswegs anderweitige Schulden, welche ein Minderjähriger, abgesehen von dem Spargute, kontrahirt hat, zu respektiren, weil Spargut vorhanden ist; und er wird von Schulden, die sich auf das Spargut beziehen, wenigstens frei, wenn das Spargut zur Deckung derselben herausgegeben wird. Er kann also aus solchen Geschäften niemals persönlich in Konkurs gerathen.

4. Anders verhält es sich bei demjenigen Minderjährigen, welchem von den Vormundschaftsbehörden die Betreibung eines Berufes oder Gewerbes bewilligt worden ist (§ 784 lit. i). Das schweizerische Obligationenrecht bestimmt in Art. 34: „Wird einer in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkten Person von ihrem gesetzlichen Vertreter der selbständige Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, so haftet sie mit ihrem ganzen Vermögen aus denjenigen Geschäften, welche zu dem regelmäßigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes gehören". Dieser Artikel ist an die Stelle des alten § 345 getreten.

§ 758.

[346]. Die Rechte und Pflichten des Vormundes für einen **unbekannt wo Abwesenden** sind nach Analogie der Rechte und Pflichten der übrigen Vormünder zu behandeln, mit dem wesentlichen Unterschiede jedoch, daß die Handlungsfähigkeit des Abwesenden weder aufgehoben noch beschränkt ist, sondern Verwaltung und Stellvertretung für denselben nur insoweit und auf so lange bestehen, als nicht der Abwesende selbst andere Verfügungen trifft.

1. Vgl. § 730,3 f; Bluntschli, Rechtsgeschichte II, p. 214. Erscheint der Abwesende wieder, so kann er, ohne daß es irgend einer Zustimmung der Vormundschafts-

behörde bedarf, über das von dieser bisher verwaltete Vermögen beliebig verfügen, z. B. einzelne Objekte veräußern, einen Stellvertreter bezeichnen, dem das Vermögen herausgegeben werden soll, u. s. f.

§ 759.

[347]. Volljährigen Personen, welche zwar unter Vormundschaft stehen, aber befähigt erscheinen, ihre laufende Wirthschaft selber zu besorgen, ist in der Regel zu gestatten, den Ertrag ihres Kapitalvermögens und ihrer Arbeit selbst zu beziehen und zu verwenden.

Ohne Zustimmung des Vormundes können sie indessen keine Schulden kontrahiren, außer insoweit Art. 6 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit oder Art. 34 des Schweizerischen Obligationenrechtes zur Anwendung kommen oder die gewohnten täglichen Bedürfnisse der Haushaltung solche Verbindlichkeiten rechtfertigen.

In solchen Fällen beschränkt sich die vormundschaftliche Obsorge hauptsächlich darauf, das Kapitalvermögen, soweit dieses möglich und thunlich ist, ungeschmälert zu erhalten.

1. Durch die Bestimmungen dieses Artikels und der zwei folgenden Paragraphen wird die freie Bewegung solcher Personen in ihrem Haushalt so weit geschützt, als es die Sorge für die Erhaltung ihres Vermögens irgend erträgt, und zugleich die obervormundschaftliche Mitwirkung, Aufsicht und Verantwortlichkeit bedeutend ermäßigt. Die häufigste Anwendung bezieht sich auf die Ehefrauen von Gemeinschuldnern, aber sie ist nicht die einzige. Es können auch Volljährige, die sich freiwillig unter Vormundschaft gestellt haben oder die wegen Verschwendung bevogtet worden, unter Umständen darauf Anspruch machen. Da sie immerhin fortdauernd unter der Kontrole der Obervormundschaft stehen und ihr Kapitalvermögen in amtlicher Verwahrung bleibt, so ist dabei nicht viel zu gefahren: eine geringe Gefahr aber ein minderes Uebel als eine beständige, für alle Betheiligten sehr lästige und doch häufig erfolglose Hemmung der eigenen Verwaltung ihrer Einkünfte.

2. Außer insoweit u. s. w. Den Art. 34 des OR. s. in § 757, 4. Art. 6 des Handlungsfähigkeitsgesetzes bestimmt, daß nach der Publikation der freiwillig angenommenen oder über Verschwender verhängten Vormundschaft Art. 34 des OR. zur Anwendung komme.

3. So haftet die Frau des Gemeinschuldners für die Haushaltungsbedürfnisse, wenn der Mann keinen Verdienst hat oder ihn für sich verbraucht (Z. XIII, 217; XVI, 199; XXII, 63, Nro. 32; XXI, 185), eine unter Vormundschaft stehende Frau für den Kaufpreis des Stoffes ihrer Kleider (Z. XVI, 227, Nro. 27; VIII, 52, Nro. 34.)

§ 760.

[348]. Der Bezirksrath ist ermächtigt, die nämliche Befugniß zu freier laufender Wirthschaft mit Bezug auf vaterhalb verwaiste Kinder

an deren Mutter ganz oder theilweise zu übertragen, insofern diese eines solchen Vertrauens würdig erscheint. In solchen Fällen kann ihr, auch abgesehen von den ihr nach § 903 zustehenden Rechten, die Nutznießung an dem übrigen Vermögen des Kindes überlassen werden.

1. Vgl. § 746, 1, 7. Die Praxis hat schon vor Einführung dieses Gesetzbuches eine ähnliche Behandlung in manchen Fällen zugelassen, in denen die Bedürfnisse des Lebens dazu nöthigten. Es verhält sich damit ähnlich wie mit der Ermächtigung der Ehefrau, in dem Bereiche der täglichen Haushaltungsbedürfnisse selbständig zu walten (§ 602). Nach außen repräsentirt immerhin der Vormund den Vögtling. Die Schuldbetreibung geht daher auch für Schulden, welche dieser ohne Zustimmung des Vormundes hat eingehen dürfen (§ 759), durch Vermittlung des Vormundes gegen den Schuldner. Die Frage, ob eine Schuld in diese Kategorie gehöre, ist je nach ihrer Art und der verhältnißmäßigen Größe zu bestimmen. In letzterer Beziehung ist die Sitte zu beachten.

2. Der zweite Satz des Paragraphen ist neu hinzugefügt worden. Die Expertenkommission fand, es liege kein genügender Grund vor, der Mutter dieses Recht nur mit Bezug auf den väterlichen Nachlaß, nicht auch mit Bezug auf das übrige Vermögen der Kinder zu geben. Es war über die Frage nach dem früheren Rechte gestritten worden, vgl. die einander entgegenstehenden Gutachten von Ullmer (Z. XXIV, 265) und von Gwalter (das. p. 270; Rechenschaftsbericht des Reg.R. 1880, p. 265; OG. 1874, Nro. 13.)

§ 761.

[349]. In solchen Fällen (§§ 759 und 760) genügt anstatt der gewöhnlichen Vogtrechnung eine jährliche Uebersicht über den Bestand des Vermögens und eine Berichterstattung über die Verhältnisse der Mündel im Allgemeinen.

1. Die Verhältnisse. Der alte § 349 sagte „über den Gang der Vermögensangelegenheiten". Die Redaktionskommission hat dies geändert, weil in der That nicht nur über das Vermögen, sondern auch über Aufenthalt, Erziehung, Berufsbildung u. s. w. der Mündel Bericht erstattet werden soll.

§ 762.

[350]. Die Obervormundschaft kann indessen jederzeit die ertheilte Befugniß wieder zurückziehen und die ordentliche Vormundschaft eintreten lassen, sobald sie solches im Interesse des Vögtlings nöthig findet.

1. Wer daher einem volljährigen Vögtling oder einer Mutter von Minderjährigen (§ 760) im Geschäftsverkehr Vertrauen schenken will, ohne eine vormundschaftliche Gutheißung des Vertrages zu fordern, muß dabei vorsichtig verfahren. Sonst läuft er Gefahr, daß der Vertrag wegen mangelhafter Handlungsfähigkeit des Vögtlings für ungültig erklärt wird.

2. Die ordentliche Vormundschaft, so hat die Redaktionskommission den früheren Ausdruck „die Vormundschaft in voller Strenge" abgeändert, wie mir scheint nicht ganz glücklich, da es sich ja in den §§ 759—761 keineswegs um eine außerordentliche Vormundschaft handelt.

§ 763.

[351]. Die Vögte und Kuratoren sind ihren Vögtlingen für allen Schaden verantwortlich, welchen sie absichtlich oder durch Fahrlässigkeit verschuldet haben.

1. Fahrlässigkeit. Vgl. § 816. Das schweizerische Obligationenrecht Art. 113 sagt: „Im Allgemeinen haftet der Schuldner für jede Fahrlässigkeit. Diese Haftung ist eine mehr oder minder ausgedehnte je nach der besonderen Natur des Geschäftes. Insbesondere wird dieselbe milder beurtheilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vortheil bezweckt. Die zürcherische Praxis hat in Anlehnung an das römische Recht die Haftung des Vormundes milder beurtheilt als diejenige anderer Verpflichteten; sie hat sich an der Hand von Bluntschli's Rechtsgeschichte II, p. 211, über dieselbe dahin ausgesprochen, daß der Maßstab eines sorgfältigen Mannes und guten Hausvaters, nach welchem sie zu messen sei, mit Berücksichtigung des allgemeinen Kulturzustandes sowohl als der regelmäßigen Fähigkeit unserer Vormundschaftsbehörden und Vormünder nicht sehr ängstlich bestimmt werden dürfe (Z. VII, 342, Erw. 1; XX, 84, Erw. 9). „Eine zu große Strenge", sagt Bluntschli, „könnte leicht dahin führen, daß einfache und rechtliche Männer sich solchen Stellen möglichst entziehen würden, und so einen viel weiter gehenden Schaden für die ganze vormundschaftliche Verwaltung zur Folge haben. Die Besorgniß einer zu großen Verantwortlichkeit hat ohnehin schon mancherlei falsche Begriffe von derselben veranlaßt und zu unrichtigen Maximen verleitet. Dahin rechnen wir namentlich zwei ziemlich verbreitete Irrthümer; den einen, daß die Vormundschaftsbehörden oft meinen, sie dürfen im Namen ihrer Vögtlinge zu keiner Liberalität Hand bieten; den andern, daß dieselben sehr geneigt sind, jedes zweifelhafte Rechtsverhältniß sofort auf dem Wege des Prozesses erledigen zu lassen. Zwar ist in beiden Fällen Vorsicht allerdings nöthig, aber zugleich kommt in Betracht, daß die Vormundschaftsbehörde, indem sie Vaterstelle vertritt, wie ein vernünftiger Vater zu handeln hat und somit theils da, wo die Sitte oder Pietätsverhältnisse oder sonstige Gründe eine Liberalität rechtfertigen, zu dieser ermächtigt ist theils, wo der Ausgang eines Prozesses zweifelhaft ist, in vielen Fällen besser thut, denselben durch Vergleich zu erledigen."

2. Als eine den Vormund zum Schadenersatze verpflichtende Fahrlässigkeit erscheint es z. B., wenn derselbe unterläßt, vorhandene unversicherte Guthaben soweit möglich einzuziehen oder dafür Versicherung zu verlangen (B. VIII, 131; IX, 277, Nro. 13; XIV, 441, Nro. 96; Z. VIII, 51, Nro. 33, OG. 1884, Nro. 54, vgl. § 753, 6) oder wenn er versäumt, anstatt einer weggefallenen Versicherung neue Sicherheit zu fordern (Z. XXII, 60. Nro. 30), oder wenn er selbst Gelder des Vögtlings ohne Versicherung an Dritte überläßt (Z. XIX, 411) oder das auf Grundversicherung hin kontrahirte und vom Schuldner zur Ablösung älterer Schulden bestimmte Darlehen diesem selbst ausbezahlt, anstatt sich für die Ablösung der Vermittlung des Notars zu bedienen (Z. VII, 341), oder wenn er mit den ihm zum Einzuge übergebenen Schuldtiteln

unvorsichtig umgeht und dadurch Schaden herbeiführt (Z. IV, 178, Nro. 32.) Dahin gehört ferner, wenn der Vormund im Konkurse eines Schuldners die Rechte seiner Schutzbefohlenen nicht gehörig wahrt und dadurch letztere in Nachtheil bringt. (B. IX, 196, Nro. 9; XIV, 86.) Die Thatsache, daß die schädigende Handlung oder Unterlassung des Vormundes im Einverständniß mit dem Bevogteten stattgefunden hat, enthebt den Vormund an und für sich seiner Verantwortlichkeit nicht, kann aber unter Umständen doch zur Verwerfung einer von dem Vögtling gegen ihn gerichteten Klage führen. (Z. VII, 69, Nro. 21.) Ein Vorwurf wird den Vormund dann nicht treffen, wenn er z. B. zweifelhafte Forderungen des Vögtlings, die er nach reiflicher Prüfung für nicht mehr bestehend hält, mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde aufgegeben hat, auch wenn es sich nachher zeigt, daß er sich geirrt habe. (Z. XIII, 237, Nro. 24.)

3. Ein gewesener Vormund kann seine Ersatzpflicht für durch ihn verursachten Schaden nicht mit der Einrede ablehnen, daß seinem Nachfolger bei gehöriger Sorgfalt möglich gewesen wäre, den Eintritt des Schadens zu verhüten; er hat kein Recht darauf, die Folgen seiner eigenen Fahrlässigkeit auf einen Andern abzuwälzen. Aber eben so wenig kann der spätere Vormund dem Vögtling gegenüber mit der Einwendung aufkommen, es habe der frühere Vormund den Fehler verschuldet, sobald er in der Lage gewesen wäre, denselben gut zu machen. (Z. II, 361, Nro. 47; VIII, 51, Nro. 33.)

4. Die Forderung des Vögtlings an den Vormund aus fehlerhafter Verwaltung ist cessionsfähig, gleich andern Forderungen (Z. XX, 90.) Außerdem steht dritten Personen eine Klage auf Schadenersatz wegen fahrlässiger Führung der Vormundschaft nur zu, wenn der für sie eingetretene Schaden als unmittelbare Folge einer Fahrlässigkeit des Vormundes erscheint; dagegen nicht, wenn zwischen der Verschuldung des letztern und dem für Dritte eingetretenen Schaden bloß ein entfernter Causalzusammenhang besteht. (Z. IV, 14.)

5. Die Frage der Haftbarkeit des Vormundes ist Rechts- nicht Verwaltungssache und wird daher durch einen Entscheid des Bezirksrathes nicht präjudizirt. (Z. XIX, 16.)

§ 764.

[352]. Die Vormundschaftsbehörde bestimmt dem Vormunde für die Besorgung des Vermögens des Vögtlings, abgesehen von dem Ersatze für die aus seinem eigenen Vermögen für den Bevormundeten gemachten Auslagen, je nach der Schwierigkeit und Weitläufigkeit der Verwaltung eine Vogtgebühr, welche jedoch zwei vom Tausend des reinen Kapitalbestandes für das Jahr nicht übersteigen darf. Für Vermögen unter zweihundert Franken Kapitalwerth sind keine Vogtgebühren zu beziehen.

Wenn an dem Vermögen des Bevormundeten oder an einem Theile desselben zu Gunsten einer dritten Person ein Nutznießungsrecht besteht, so wird die entsprechende Vogtgebühr aus dem Ertrage der Nutznießung bestritten, fällt hingegen weg, insofern die Vermögensverwaltung dem Nutznießer selbst überlassen bleibt.

1. Das Gesetz eröffnet den Vormundschaftsbehörden, insbesondere dem Bezirksrathe auf Antrag des Waisenamtes, einen gewissen Spielraum, innerhalb dessen er die Vogtgebühr je nach dem Maße der Schwierigkeit und Weitläufigkeit der Verwaltung innerhalb des bestimmten Maximum von zwei vom Tausend ansetzen darf. Diese umfaßt in der Regel die Entschädigung für alle, also auch für außerordentliche Geschäfte des Vormundes, sofern es nicht solche betrifft, für deren Besorgung es besonderer Kenntnisse und Fertigkeiten bedarf oder deren Durchführung einen ganz ungewöhnlichen Aufwand von Zeit und Mühe erheischt hat. In diesem Falle können die Vormundschaftsbehörden nach freiem Ermessen dem Vormunde eine billige Zulage bestimmen. (Z. XIII, 240, Nro. 25; XIV, 429, Nro. 108, XIX, 15, Erw. 3.)

2. Ein Nutznießungsrecht. Z. B.: An dem Vermögen minderjähriger Kinder steht der Mutter ein Nutznießungsrecht zur Hälfte zu. Die Verwaltung des ganzen Vermögens wird aber von dem Vogte besorgt. Dann ist die Vogtgebühr für die eine Hälfte den Kindern, für die andere Hälfte der Wittwe zu verrechnen; besorgt diese selbst die Verwaltung des halben Vermögens, so ist von diesem Theile überall keine Vogtgebühr zu beziehen.

Viertes Kapitel.

Obervormundschaft.

§ 765.

[353]. Die Obervormundschaft wird ausgeübt von dem Gemeindrathe der politischen Gemeinde, wo der Bevormundete verbürgert ist, in erster, von dem betreffenden Bezirksrathe in zweiter, von dem Regierungsrathe beziehungsweise der Direktion der Justiz in dritter Instanz.

1. Das Recht und die Pflicht der Obervormundschaft steht zu und liegt ob den Behörden des Bürgerrechtes, nicht des Wohnortes des Bevormundeten. Die Bürgerschaft ist für sich persönlich verbunden, wie zur Unterstützung wegen Armuth, so auch zum vormundschaftlichen Schutze. Diese Verbindung gibt ihr den Charakter einer großen, aus einer Menge einzelner Häuser und Verwandtschaften bestehenden Staatsfamilie.

2. Wie nun aber, wenn ein Minderjähriger zwei oder mehrere Bürgerrechte in verschiedenen Gemeinden besitzt? Uebereinkunft der Gemeindräthe mit Rücksicht auf den Wunsch der Familie und die übrigen darauf einwirkenden Verhältnisse mag hier diejenige Behörde unter ihnen bezeichnen, welche die nächste Obsorge übernehme. Insbesondere wird diejenige Bürgergemeinde vorgehen, welche zugleich die Wohngemeinde des Vögtlings ist. Nöthigenfalls wird die obere Vormundschaftsbehörde dieselbe bezeichnen.

3. Ueber die gemeindräthlichen Gebühren s. Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1872, p. 53 lit. e.

4. Die Stellung des Bezirksrathes ist charakterisirt in Z. XIX, 14, Erw. 2 f.

5. Aus der Doppelstellung des Gemeindrathes, als Verwalter des Gemeindegutes und als Vormundschaftsbehörde, folgt nicht dessen Unfähigkeit, für das Interesse der Bevormundeten auch der Gemeinde gegenüber zu handeln, sagt das Obergericht in Z. VII, 182.

§ 766.

[358]. Der Gemeindrath als Waisenamt kann die Besorgung des Vormundschaftswesens an seiner Statt auch einer stehenden Kommission von drei bis fünf Mitgliedern aus seiner Mitte übertragen.

Der Bezirksrath ist indessen ermächtigt, von sich aus oder auf die Beschwerde einzelner Mitglieder des Gemeindrathes hin, da wo die Bestellung einer solchen Waisenkommission keine hinreichende Gewähr für eine gute und sichere Verwaltung der Vormundschaftssachen gibt, auf Abhülfe zu bringen, nöthigenfalls die Kommission aufzuheben.

1. Diese Bestimmung ist im Jahre 1853 neu in das Gesetz aufgenommen worden, jedoch entsprechend der früheren Praxis (B. XIX, 32, Nro. 11.) In der Stadt Zürich hieß die Kommission bis vor Kurzem Schirmvogteiamt, der Aktuar derselben Schirmschreiber. (Vgl. die Schirmlade §§ 796, 798.)

2. Der alte § 358 enthielt die Bestimmung, die Mitglieder der Waisenkommission haben die Verantwortlichkeit zu tragen, jedoch in dem Sinne, daß hinterher (subsidiär) auch die übrigen Mitglieder des Gemeindrathes einstehen müssen für die Zahlungsfähigkeit der einzelnen Mitglieder der Waisenkommission. Dieselbe ist von der Redaktionskommission in den § 816 verlegt worden.

§ 767.

[354]. Wenn besondere Gründe es ausnahmsweise nothwendig machen, so können statt der Vormundschaftsbehörden des Heimatsortes diejenigen des Wohnortes des Vögtlings angegangen oder je von einer oberen Vormundschaftsbehörde angewiesen werden, die vormundschaftliche Aufsicht zu besorgen. In diesem Falle sind die Inventarien und Rechnungen auch zur Kenntniß des heimatlichen Gemeindrathes zu bringen.

1. Die Ausnahme rechtfertigt sich keineswegs durch den bloßen Umstand, daß der Bevormundete in einer andern als in seiner Heimatsgemeinde wohnt. Aber es lassen sich erhebliche Gründe denken, welche es im Interesse des Bevormundeten sehr wünschbar machen, daß diese Ausnahme eintrete. Auch kann dieselbe in einem ausgedehnteren Maße in der Art stattfinden, daß die ganze vormundschaftliche Verwaltung von dem Gemeindrathe des Wohnortes übernommen wird, oder in einer beschränktern Anwendung so, daß der Gemeindrath des Wohnortes ein einzelnes Geschäft zu spezieller Ueberwachung oder Besorgung übernimmt.

2. Als Wohnort eines Bevogteten ist nicht der Ort anzusehen, an welchem derselbe sich zu Erreichung eines besondern Zweckes, wie z. B. zur Erziehung oder zur Erlernung

eines Berufes, während kürzerer oder längerer Zeit aufhält, sondern wo derselbe mit Wissen und Willen des Vormundes sich förmlich niedergelassen hat. (Z. III, 216; IX, 181.)

§ 768.

[355]. Insbesondere soll der Gemeindrath derjenigen Gemeinde, in welcher ein Niedergelassener mit Zurücklassung minderjähriger Kinder verstorben ist, die vorläufigen Anordnungen zur Ziehung eines Inventars, sowie zu provisorischer Bestellung eines Vormundes treffen und davon mit möglichster Beförderung dem Gemeindrathe der Heimatsgemeinde des Verstorbenen Mittheilung machen, damit dieser Gelegenheit erhalte, das Weitere zu verfügen.

1. Die Aufnahme des Inventars über den Nachlaß eines verstorbenen Niedergelassenen liegt dem Gemeindrathe des Wohnortes ob; er hat aber dem Gemeindrathe der Heimatsgemeinde Gelegenheit zu geben, sich hiebei vertreten zu lassen. Wünscht aus besondern Gründen die Heimatsbehörde des Verstorbenen das Inventar selbst aufzunehmen, so kann dieß nur mit Einwilligung des Gemeindrathes des Wohnortes geschehen. (Z. XI, 457, Nro. 92; XIV, 430, Nro. 109.) Dagegen hat der Gemeindrath der Heimatsgemeinde das Recht, sich bei der von der Behörde des Wohnortes vorzunehmenden Inventarisation durch den Vormund oder eine andere geeignete Person vertreten zu lassen. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1859, p. 111.)

§ 769.

[356]. Die hiesigen Vormundschaftsbehörden sind ermächtigt, wenn Kantonsbürger außerhalb des Kantons leben, auf die Ausübung der Obervormundschaft ausnahmsweise zu verzichten, sofern entweder an dem Wohnorte der Vögtlinge nach dortigem Vormundschaftsrechte anders für dieselben gesorgt wird, oder wegen Mangels an gehörigen Verbindungen oder aus anderen Gründen die Ausübung der obervormundschaftlichen Rechte und Pflichten übermäßig schwierig ist, im letzteren Falle jedoch nur mit Bewilligung des Regierungrathes.

1. In den meisten Staaten ist die Obervormundschaft nicht wie bei uns von dem Bürgerrechtsorte des Vögtlings, sondern von seinem Wohnort abhängig. Wenn daher zürcherische Kantonsbürger, die der Vormundschaft bedürfen, im Auslande wohnen, so bieten oft die dortigen Behörden ihre Hand nicht, um die hiesigen Vormundschaftsbehörden bei der Ausübung ihres Rechtes zu unterstützen, sondern halten sich selbst für kompetent, die Vormundschaft nach ihren Landesgesetzen zu verwalten. Es entstehen daraus für die ersteren mancherlei Verlegenheiten. Sie werden nach dem Gesetz als Obervormundschaft betrachtet und sind doch gelähmt in der Ausübung derselben. Für derlei Fälle ertheilt nun dieser Artikel jenen die Befugniß, die Obervormundschaft den auswärtigen Behörden zu überlassen und ihrerseits darauf zu verzichten.

2. Verwandt damit ist ein zweiter Fall, wo die Ausübung der hiesigen Obervormundschaft äußerst schwierig wird, wegen großer Entfernung des Vögtlings und Mangels an Verbindungen. Z. B. der Vögtling ist in Kalifornien oder auf einer Insel der Südsee. Hier ist es aber nicht in das Ermessen der Bezirksräthe gesetzt, sich der Vormundschaft zu entschlagen, sondern es bedarf der Prüfung und Anweisung des Regierungsrathes. Einen Fall dieser Art siehe Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1867, p. 230. Dagegen hat der Regierungsrath ein diesfälliges Gesuch wenigstens vorläufig abgewiesen, bei welchem es sich um in Petersburg wohnende Kinder handelte. (Das. 1881, p. 342, Nro. 8.)

§ 770.

[357]. Dieselben sind ferner verpflichtet, die Obervormundschaft auszudehnen auf im Kanton wohnhafte und der Vormundschaft bedürftige Kantonsfremde, wenn deren Heimatsbehörden sich derselben nicht annehmen und nicht auf andere Weise für dieselben gesorgt wird.

1. Es ist dies das Gegenstück zu den Fällen des § 769. Eine Kombination hierseitiger und fremder Vormundschaft ist nicht zulässig. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1883, p. 328, Nro. 2.)

2. Verpflichtet. Der alte § 357 sagte dagegen nur „ermächtigt", und Bluntschli bemerkte dazu, die Bestimmung sei absichtlich nicht als bindende Vorschrift gefaßt worden, damit die hiesigen Behörden nicht veranlaßt werden, sich ohne Noth in fremde Angelegenheiten einzumengen. Die kantonsräthliche Kommission fand aber, daß es in der That eine Menschenpflicht sei, auch für Fremde, die der Hülfe bedürfen zu sorgen.

§ 771.

[359]. Ueber die vormundschaftlichen Geschäfte wird in jeder Gemeinde ein besonderes Protokoll und eine tabellarische Uebersicht der Vormundschaftsfälle (Bevogtigungsetat) geführt.

1. Der Paragraph ist in der Referendumsausgabe angestrichen, jedoch — abgesehen von der Zufügung der Klammer — unverändert. Der Bevogtigungsetat ist vom Bezirksrathe zu kontroliren und ebenfalls nachzuführen.

2. Die Einsicht des Protokolls steht nicht Jedermann zu; der betreffende Eintrag ist jeweilen ein Bestandtheil des betreffenden Privatgeschäftes, und steht daher unter den Vorschriften des § 573 pr. GB.

§ 772.

[361]. Die Obervormundschaft äußert sich theils in der Mitwirkung bei der Verwaltung und Stellvertretung der Bevormundeten, theils in der Aufsicht über die vormundschaftliche Besorgung.

1. Der alte § 360 sagte, daß der Regierungsrath seine diesfälligen Rechte entweder selbst oder durch die Direktion der Justiz ausübe. Die Redaktionskommission hat dies als nicht in das privatrechtliche Gesetzbuch gehörend gestrichen. Nach dem

Gesetze betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Reg.-R. und seiner Direktionen vom 25. Juni 1871 Off.S. XV, 514 steht der Justizdirektion zu:

a. die Antragstellung und Berichterstattung insbesondere für

§ 21, 1 Gegenstände aus dem Gebiete des Vormundschaftswesens gemäß dem pr. GB., inbegriffen die §§ 793 und 807 das.

b. die Erledigung durch

§ 22, 1 Entscheidungen auf dem Gebiete des Vormundschaftswesens, soweit sie nicht dem Reg.-R. zustehen, und Oberaufsicht über dasselbe gemäß pr. GB.

§ 14 Abs. 2 Gegen alle Verfügungen, welche eine Direktion in erster Instanz erläßt, steht das Recht des Rekurses an den Reg.-R. offen.

2. Vgl. § 755, 2.

§ 773.

[362]. Das Waisenamt hat zunächst für gehörige Inventarisirung des Vermögens des zu Bevormundenden und für die Einleitung zu dessen Bevormundung zu sorgen.

Die Liegenschaften sowohl als die Fahrhabe sollen genau verzeichnet, geschätzt und eine klare Uebersicht und Vergleichung der Aktiven und Passiven möglichst angestrebt werden.

1. Der Ausdruck Waisenamt ist fortwährend gebraucht, um die erstinstanzliche Vormundschaftsbehörde zu bezeichnen, sei es daß der Gemeindrath oder eine gemeindräthliche Waisenkommission diese Verwaltung besorge.

2. Die Inventarisirung soll unverzüglich geschehen, sobald ein Fall der Bevormundung eintritt. (Vgl. § 753, 1, 2.) Es ist das besonders auch in dem Falle zu beachten, wenn ein Ehemann in Konkurs geräth und für seine Frau und Kinder ein Vormund bestellt werden muß. Das Inventar über das Vermögen des in Konkurs gerathenen Mannes wird von der Notariatskanzlei im Interesse der Kreditoren gefertigt; das Inventar über das Vermögen der Frau und Kinder dagegen muß ohne Zögerung von der Vormundschaftsbehörde aufgenommen werden. Auf dasselbe gründet sich sodann die Instruktion für den Vormund der Frau und der Kinder, der im Konkurse die Interessen derselben zu wahren hat. Es ist demnach eine durchaus fehlerhafte Praxis, wenn mit dieser Inventarisirung zugewartet wird bis zur Erledigung des Konkurses. Durch diese Erledigung ergibt sich, wie viel und was von den Ansprüchen und Forderungen der Ehefrau und der Kinder in dem Konkurse gerettet werden konnte. Und die Vergleichung dieses Resultates der Liquidation mit der ursprünglichen Inventarisirung ist für die Kontrole der Geschäftsführung des Vormundes während des Konkurses von Wichtigkeit. Verordnung des Rathes des Innern vom 12. April 1843.

3. Die Schatzung der Liegenschaften sowohl als der Fahrhabe, worin im Weitern auch Forderungen und Schulden inbegriffen sind, soll dem realen Verkehrswerthe möglichst entsprechen, somit auch sowohl auf allfällige Schwankungen im Preise von Waaren als auf die Unsicherheit zweifelhafter Forderungen gehörig Rücksicht genommen werden. Wie ein Hausvater sich vor Selbsttäuschung zu hüten hat, wenn er sein

Vermögen überschätzt, ebenso haben die Vormundschaftsbehörden sich vor solcher Täuschung zu hüten.

4. Dritte z. B. die Wittwe, können aus der Aufnahme und Genehmigung des Inventars durch die Behörde keine Anerkennung ihrer Ansprüche herleiten. (Z. XXII, 35, Nro. 11. Vgl. § 924, 2.)

§ 774.

[363]. Sobald die Vormundschaftsbehörde von dem Tode eines Vaters Kenntniß erhält, welcher minderjährige Kinder oder eine schwangere Wittwe hinterläßt, so läßt sie, insofern die Umstände es erfordern, die Siegelung vornehmen und sodann durch ihren Schreiber unter Aufsicht eines ihrer Mitglieder und in Beisein des Vögtlings (§ 756), der Wittwe des Verstorbenen und der nächsten anwesenden volljährigen Verwandten ein Inventar über die Verlassenschaft aufnehmen.

1. Der nächsten anwesenden volljährigen Verwandten. Entfernte Verwandte pflegen überall nicht in solchen Fällen zugezogen zu werden, es wäre denn, daß sie zugleich muthmaßliche Erben des Verstorbenen wären, ein Fall, welcher z. B. eintreten kann, wenn ein Mann stirbt und keine Kinder, aber eine schwangere Frau hinterläßt. Eben so wenig ist es nöthig, daß gerade alle näheren Verwandten zugezogen werden. Sitte und Takt werden das rechte Maß bestimmen.

Aehnlich ist zu verfahren, wenn ein Verstorbener unbekannt abwesende oder sonst unter Vormundschaft stehende volljährige Erben hat.

2. Das Obergericht hat erkannt, in das Inventar über den Nachlaß des Verstorbenen sei das Vermögen der Wittwe nicht aufzunehmen, welches sofort als ihr gehörend sich herausstelle, z. B. Liegenschaften, welche auf ihren Namen im Grundprotokoll eingetragen seien, sowie Fahrhabe, welche ihren Namen trage oder ihrer Natur und Bestimmung nach ihr zudiene, wie z. B. weibliche Kleider, Wäsche u. dgl.; alle übrigen im Besitze des verstorbenen Ehemanns gewesenen und solche entscheidende Merkmale nicht an sich tragenden Gegenstände seien dagegen im Inventar zu verzeichnen, unter Vormerk des Anspruchs der Wittwe, dessen einläßliche Prüfung dann Sache des Vormundes und der Vormundschaftsbehörden sei. (Z. V, 154.) Dagegen hat der Regierungsrath erklärt, es sei unter allen Umständen das ganze Frauenvermögen zu inventarisiren, selbst wenn es von dem des Mannes vollständig getrennt sei. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1867, p. 231; 1870 p. 256.) Da es sich um eine Maßregel des Gemeindrathes, also einer Administrativbehörde handelt, so ist natürlich der Regierungsrath der stärkere.

§ 775.

[364]. Wenn minderjährige Kinder mutterhalb verwaist werden, so bleibt der überlebende Vater zwar ihr natürlicher Vormund, aber das Waisenamt kann auf Antrag der Verwandten dieser Kinder oder nöthigenfalls von sich aus ein Inventar über die den Kindern angefallene

mütterliche Verlassenschaft begehren und überdies in der in § 672 angeführten Weise die Sicherstellung dieses Vermögens zu bewirken suchen.

Gegen derartige Beschlüsse des Waisenamtes steht dem Betheiligten der Rekurs an den Bezirksrath und von diesem an den Regierungsrath offen. Die Frage, ob eine vom Vater angebotene Sicherstellung genüge, ist Rechtssache, und der Entscheid hierüber in gleicher Weise herbeizuführen wie im Falle der §§ 606 und 608.

1. Ueber die Nothwendigkeit sowohl eines amtlichen Inventars über die mütterliche Verlassenschaft als der Sicherstellung derselben entscheiden somit die Vormundschaftsbehörden, nicht die Gerichte; vgl. Stadterbrecht von 1716, Th. 1, § 1, p. 23; Z. XX, 350, Nro. 130; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1876, p. 157. Weigert sich der Vater, die verlangte Sicherheit zu bestellen und ist Gefahr im Verzuge, so kann das Waisenamt das Gericht um Sperrung der Notariats- und Pfandprotokolle angehen. (B. XVII, 15, Nro. 18 und 19.) Ist derselbe nicht im Stande, sei es durch Bürgschaft oder Pfandrecht, genügende Sicherheit zu leisten, so wird durch Herausgabe des Kapitals an die Vormundschaftsbehörde für Sicherheit so weit zu sorgen sein, als es die Rechte des Vaters zulassen.

2. Wie die mütterliche Verlassenschaft im engern Sinne, so sind auch Verlassenschaften anderer mütterlichen Anverwandten, z. B. der mütterlichen Großeltern zu behandeln, welche den Kindern zufallen. (B. XVII, 16, Nro. 20.)

3. Der Schlußsatz des Paragraphen ist neu hinzugefügt, entspricht aber dem früheren Rechte. (Vgl. § 672.)

§ 776.

[365]. Wenn Bedenken darüber vorhanden sind, ob die Passiven durch die Aktiven gehörig gedeckt seien, und die daherige Gefahr für die Minderjährigen als Erben nicht sofort auf irgend eine andere Weise, z. B. durch Kaution beseitigt wird, so soll das Waisenamt theils beförderlich die Rechtswohlthat des gerichtlichen Inventars verlangen, theils, wo es zweckmäßig erscheint, Probeganten anordnen und davon dem Bezirksrathe Kenntniß geben.

Die Gebühren für solche gerichtliche Inventare und Probeganten sind bei dem allfälligen Konkurse zu den Konkurskosten zu rechnen.

1. Inventar s. §§ 941 ff.

2. Kaution, z. B. der Mutter oder des Onkels des Minderjährigen, welche sich zur Deckung eines allfälligen Defizits verpflichten.

3. Die Probeganten haben den doppelten Zweck, theils eine sichere Grundlage für die Schätzung einzelner Vermögensstücke zu gewinnen, theils die Veräußerung derselben, je nach Umständen, einzuleiten.

4. Die Bestimmung, es sollen die Gebühren für das gerichtliche Inventar zu den Konkurskosten gerechnet werden, beruht auf der Betrachtung, die rasche Ziehung eines Inventars gereiche auch zum Vortheil der Gläubiger, weil sie das Vermögen vor

Verschleppung und Zerstörung sichert und zugleich das Konkursprotokoll durch diese Vorarbeit wesentlich erleichtert und die Kosten für das letztere vermindert werden. Ueberdieß stehe den Vormundschaftsbehörden keine Kasse zur Verfügung, aus welcher sie im Falle einer Ausschlagung des Nachlasses derlei Kosten bestreiten können, während ihnen das Gesetz doch zur Pflicht mache, in zweifelhaften Fällen im Interesse der minderjährigen Erben von Amts wegen ein öffentliches Inventar zu verlangen. Die Sorge wegen der Kosten könnte sie leicht zu voreiligem Verzicht auf die Uebernahme der Erbschaft zum Schaden der Erben und der Gläubiger veranlassen.

5. Daraus folgt, daß die Vormundschaftsbehörden, wenn sie ein derartiges Gesuch stellen, nicht zur Vertröstung der damit verbundenen Kosten angehalten werden können. (Z. I, 182, Nro. 29.)

§ 777.

[366]. Wenn es sich ergibt, daß die Passiven der Verlassenschaft größer sind als die Aktiven, so hat das Waisenamt dies unverzüglich dem Bezirksrathe zu berichten und ihm für den Fall, daß eine Verständigung mit den Gläubigern nicht thunlich erscheint, einen Antrag über Ausschlagung der Erbschaft im Namen der Minderjährigen zu stellen.

Findet der Bezirksrath die Ausschlagung der Erbschaft als im Interesse der Minderjährigen liegend, so ermächtigt er das Waisenamt, im Namen der Minderjährigen solches bei dem betreffenden Bezirksgerichte zu erklären.

1. Vgl. §§ 932 und 933. — Die Ausschlagung der Erbschaft muß innerhalb dreißig Tagen seit dem bekannten Tode des Erblassers dem Bezirksgerichte, in dessen Gerichtskreise der Erblasser zur Zeit seines Todes seine Wohnung (Domizil) hatte, angemeldet werden. Beförderung der Sache durch die Vormundschaftsbehörden ist somit nöthig; sonst laufen die Minderjährigen Gefahr, von den Gläubigern der insolventen Erbschaft als wahre Erben des Verstorbenen und somit als deren Schuldner, zur Zahlung angehalten zu werden, und die Mitglieder der Behörden, die sich eine Versäumniß haben zu Schulden kommen lassen, laufen ebenfalls Gefahr, für Schadenersatz dem Vögtlinge Rede stehen zu müssen. Wenn daher aus irgend welchen Gründen eine Verzögerung des Entscheides sich vorsehen läßt, so thut schon das Waisenamt von sich aus, nöthigenfalls auch der Bezirksrath, wohl daran, innerhalb jener Frist bei dem Bezirksgerichte um Fristerstreckung nachzusuchen (vgl. § 934). Einem solchen Begehren wird von dem Gerichte um so leichter entsprochen, als das nothwendige Zusammenwirken mehrerer Behörden mehr Zeit erfordert, um sich über die Ausschlagung zu erklären, als wenn nur volljährige Erben vorhanden sind, von denen jeder allein entscheidet.

§ 778.

[367]. Das von der Vormundschaftsbehörde erhobene Inventar (§ 773) wird mit Rücksicht auf die Liegenschaften der betreffenden Notariatskanzlei zur Revision mitgetheilt, zugleich von dem Gemeindammann eine schriftliche Erklärung eingezogen, ob und inwieweit etwa die Fahrhabe

des Erblassers verpfändet sei, hierauf im Beisein der im § 774 genannten Personen von dem Waisenamte geprüft und nach Berichtigung der allfälligen Irrthümer dem Bezirksrathe zu definitiver Genehmigung zugewiesen.

1. Die Notariatskanzlei hat namentlich zu prüfen, ob die Angabe der auf den Liegenschaften verpfändeten Schulden und haftenden Lasten vollständig und richtig sei. Der Bezirksrath hat auch die Taxation der Liegenschaften zu prüfen. (OG. 1875, Nro. 16.)

§ 779.

[368]. Wenn die Bevormundung eines Volljährigen aus irgend einem Grunde angeordnet wird, so bleibt es den Vormundschaftsbehörden überlassen, zur Feststellung des Vermögensbestandes bei dem betreffenden Bezirksgerichte die Erlassung eines öffentlichen und gerichtlichen Schuldenrufes zu verlangen. Das Gericht sorgt durch Anordnung von allgemeinen, und bei solchen Forderungen, von deren Dasein man, sei es aus den Angaben des Bevormundeten, sei es aus den Büchern und Schriften desselben, Kenntniß erhält, auch durch Anordnung von besonderen Ladungen dafür, daß der Schuldenruf den Gläubigern des Bevogteten möglichst bekannt werde, unter Androhung des Verlustes derjenigen nicht angemeldeten Forderungen, welche weder aus den Notariats- noch aus den Pfandprotokollen mit Bestimmtheit ersichtlich, noch durch Faustpfänder gedeckt sind.

1. Der Schuldenruf an die Gläubiger eines bevormundeten Volljährigen hat einen ähnlichen Zweck und Erfolg wie das gerichtliche Inventar über eine zweifelhafte Erbschaft. Jedoch sind beide Institute wieder in mancher Hinsicht verschieden. Verschiedene Gründe können die Vormundschaftsbehörden bestimmen, den Schuldenruf zu begehren, z. B. die Ungewißheit über die Solvenz des zu bevogtenden Verschwenders, oder das Mißtrauen, daß verschmitzte Wucherer ihm nach der Bevogtigung Gelegenheit geben, Schulden zu machen gegen antedatirte Schuldscheine. Der gerichtliche Aufruf ist durch das Amtsblatt und, je nachdem ein weit verbreiteter bisheriger Verkehr des Bevogteten zu vermuthen ist, überdem in einem oder mehreren der gelesensten öffentlichen Blätter, bezog sich der Verkehr auch auf das Ausland, auch in ausländischen Blättern bekannt zu machen, unnöthige Kosten indessen möglichst zu vermeiden. Die bekannten Gläubiger sind durch Spezialladungen aufmerksam zu machen. (B. III, 40; VIII, 265; XVII, 431 ff., Erw. 1 u. 2.) Die Nichtanmeldung der Forderungen hat, je nach Umständen, verschiedene Folgen:

a. Die mit Bestimmtheit aus den Notariatsprotokollen ersichtlichen Forderungen, abgesehen davon, ob sie durch Pfandrecht auf Liegenschaften gedeckt sind oder nicht, also z. B. auch unversicherte Reste eines Kaufpreises für Liegenschaften werden durch die bloße Nichtanmeldung nicht ohne Weiteres zerstört. Hat man aber Grund in das Dasein dieser Forderungen Zweifel zu setzen, so kann in diesem Falle allerdings der Verlust der Forderung durch Nichtanmeldung — wenigstens nach erneuerter Aufforderung — ebenfalls angenommen werden.

b. Dasselbe gilt von pfandbüchlich versicherten ungelöschten Forderungen.

c. Faustpfändlich versicherte Forderungen erlöschen, insoweit sie größer sind als die Deckung der Faustpfänder, sofort. In zweifelhaften Fällen kann der Gläubiger überdem durch die Eigenthumsklage angehalten werden, die in seiner Gewere befindlichen Sachen herauszugeben, wenn es ihm nicht gelingt, sein Pfandrecht darauf zu begründen.

d. Alle übrigen Forderungen, bekannte und unbekannte, seien sie bereits verfallen oder werden sie erst später fällig, erlöschen durch die versäumte Anmeldung. (Z. II, 357, Nro. 44.) Eine Ausnahme hievon hat die Gerichtspraxis für noch nicht verfallene Steuerforderungen, als eine auf das öffentliche Recht sich gründende Last zugelassen. (Z. II, 446, Nro. 136.)

2. Diese Zerstörung der nicht angemeldeten Forderungen wirkt stärker als im Konkurse. Der Schuldner wird dadurch gänzlich und für immer befreit, selbst in dem Falle, daß das Vermögen nach der Ausschreibung wegen Insolvenz dem Konkurse anheimfallen und demnach eine neue Ausschreibung nöthig würde. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt wesentlich darin, daß der Schuldenruf lediglich aus Sorge für den Bevogteten erlassen wird und die Tendenz hat, diesen sogar gegen seine eigenen Handlungen möglichst sicher zu stellen. Auch der insolvente Bevogtete bedarf dieser Sorge; denn, ist es auch für ihn gleichgültig, ob seine Aktiven in dem gegebenen Zeitpunkte unter mehrere oder wenigere Gläubiger vertheilt werden, so ist es für ihn um seiner spätern Rehabilitation willen nicht gleichgültig, ob er mehrere oder wenigere Kreditoren und diese in stärkerem oder geringerem Maße zu befriedigen haben werde.

3. Ein nicht angemeldeter Eigenthumsanspruch geht dagegen nicht unter. (OG. 1873, Nro. 2.)

§ 780.

[369]. Das Waisenamt stellt dem ernannten Vormunde eine Abschrift des Inventars, nöthigenfalls der letzten Rechnung und gleichzeitig die bezirksräthliche Ernennungsurkunde zu. Zu diesem Behufe ist der neu ernannte Vormund persönlich vor das Waisenamt oder dessen Präsidenten zu laden und an seine Verpflichtung zu erinnern.

Hievon ist im Protokolle Vormerk zu nehmen.

1. Inventar. Der Vormund ist auch seinerseits verpflichtet, das Waisenamt in Fällen von Säumniß an die Zustellung eines Inventars zu mahnen. Unterläßt er dieß, so kann er allfällige Säumnisse damit nicht entschuldigen, daß er die Uebergabe noch nicht erhalten habe. (B. XIV. 86.)

§ 781.

[370, 371]. Durch die Ernennungsurkunde erhält der Vormund das Recht und die Pflicht als solcher zu handeln.

Indessen ist auch der vorläufig bestellte und von dieser Bestellung in Kenntniß gesetzte Vormund, bevor ihm die Ernennungsurkunde eingehändigt ist, berechtigt und verpflichtet, diejenigen Geschäfte des Bevor-

mundeten zu besorgen, für welche er entweder von Seite der Vormundschaftsbehörde einen besonderen Auftrag erhalten hat, oder bei welchen er wußte oder wissen konnte, daß Gefahr im Verzuge sei (§ 748).

1. Vgl. Preußisches Landr. II, XVIII § 226. OG. 1886, Nro. 41.

§ 782.

[372.] Wenigstens der waisenamtlichen Genehmigung bedürfen, damit der Vögtling durch solche Geschäfte rechtlich gebunden werde:

a. alle nicht zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehörenden Veräußerungen (z. B. durch Verkauf, Vertauschung, Verpfändung) oder Ankäufe werthvoller Vermögensstücke;
b. alle Darlehensverträge (Anleihen und Entlehnungen);
c. alle erheblichen Bauten;
d. Verträge über Versorgung des Bevormundeten, z. B. Vertischgeldungen, Uebergabe desselben an einen Meister als Lehrling oder in eine Erziehungsanstalt;
e. Pacht- und Miethverträge auf ein oder mehrere Jahre;
f. die Ertheilung oder Verweigerung einer Vollmacht zur Führung eines ordentlichen Prozesses vor dem Friedensrichter und vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichtes, sowie die Ermächtigung zur Anerkennung eines Schiedsgerichtes.

1. Ein stillschweigender Consens der Vormundschaftsbehörden zu Rechtsgeschäften, zu deren Gültigkeit das Gesetz die Genehmigung derselben verlangt, darf nicht vermuthet werden. Von einem solchen kann in dem Falle die Rede sein, wo sicher ist, daß die Vormundschaftsbehörden hinreichende Veranlassung gehabt haben, in eine Prüfung des Geschäftes einzutreten und Vortheile und Nachtheile desselben zu würdigen. (B. XVIII, 85, Erw. 1; Z. I, 184, Nro. 31; XV, 96, Nro. 29; XIX, 413, Erw. 3.)

2. In der Aufgabe der Vormundschaftsbehörden liegt lediglich die Aufsicht über die Wahrung der Interessen der Bevormundeten, also über das Verhältniß zwischen Vormund und Mündel. Die Vertretung des letztern nach Außen ist ausschließlich Sache des Vormundes; dritte Personen haben sich an ihn und im Streitfalle an die Gerichte zu wenden. In Rechtsverhältnissen mit einem Bevormundeten steht daher einem Dritten kein Recht zu, einen Entscheid der Vormundschaftsbehörde zu verlangen. (Z. XIV, 433, Nro. 112.)

3. Die Genehmigung kann nach dem Tode des Vögtlings nicht mehr ertheilt werden. (Z. XIV, 127, Erw. 12.)

4. Zu a. Veräußerungen, welche zum ordentlichen Wirthschaftsbetriebe gehören, z. B. von Vieh, Früchten des Gutes im Zusammenhange mit der Landwirthschaft, einzelner überflüssiger Möbeln im Zusammenhange mit der Sorge für das Hauswesen, kann der Vogt auch von sich aus vornehmen. Der Begriff der werthvollen Vermögensstücke ist natürlich ein sehr relativer, je nach den Verhältnissen, Umständen, Sitten zu

bemessender; im Zweifel thut der Vormund wohl, den Vertrag zur Genehmigung vorzulegen; zu ängstliches und häufiges Anfragen des Vormundes ist aber auf der andern Seite eben so lästig für die Behörden als nachtheilig für den Geschäftsgang.

5. Das Versprechen einer Provision für Vermittlung eines Hausverkaufes bedarf der waisenamtlichen Genehmigung nicht. (OG. 1885, Nro. 69.)

6. Zu f. Der alte § 372 hatte die waisenamtliche Genehmigung verlangt für erstinstanzliche Prozeßführung, die bezirksräthliche für eine höhere Instanz. Das hat sich als unpraktisch erwiesen. War der Prozeß vor erster Instanz für den Vögtling ganz oder zum Theil gewonnen worden, und appellirte der Gegner, so verstand sich ja die Ertheilung der Vollmacht für die zweite Instanz von selbst und verursachte nur unnütze Umtriebe, Kosten und Zeitversäumniß. War er ganz oder theilweise verloren, das Waisenamt aber der Meinung, es sollte appellirt werden, so mochte ein Bezirksrath kaum anders verfügen, noch vielleicht sogar einer Schadenersatzklage sich aussetzen. Es erschien daher viel passender, die Prozesse nach den Kompetenzen zu unterscheiden. Ueber die Kompetenz der Friedensrichter vgl. § 78 des Prozeßgesetzes, über die der Einzelrichter beziehungsweise Bezirksgerichtspräsidenten § 80 das. Es ist aber nur vom ordentlichen, nicht auch vom summarischen Verfahren der Letztern (§ 81 das.) die Rede; zu letzterem bedarf der Vormund einer Vollmacht nicht. (Z. X, 327, Nro. 19.) Ebenso ist eine Vollmacht zur Führung einer Konkurspendenz für den Vormund nicht nothwendig; denn wenn auch das Urtheil in einem solchen Prozesse zwischen dem Ansprecher und der Konkursmasse rechtskräftig wirkt, so ist das Verfahren deswegen doch nicht das ordentliche. Für die in diesem Paragraphen nicht genannten ordentlichen Prozesse ist man zum System des alten Vormundschaftsgesetzes § 50 lit. f zurückgekehrt, welches ebenfalls schon für die erste Instanz bezirksräthliche Vollmacht verlangt hatte, wenn auch Bluntschli bemerkt, daß die Bezirksräthe wegen der Kürze der Zeit in der Regel genöthigt gewesen seien, sich einfach auf den Antrag des Waisenamtes zu verlassen.

7. Ist dem Vormunde Prozeßvollmacht ertheilt, so ist er ohne Weiteres auch zu Bestellung eines Anwaltes ermächtigt. (Z. VI, 171.) Dagegen darf er nicht ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde den Abstand vom Prozesse erklären, noch einen Vergleich abschließen. (B. XIII, 344, Nro. 7; XIX, 33, Nro. 13.) Wohl aber ist es seine Sache, ob er die Appellation erklären, eine Appellationserklärung wieder zurücknehmen will, oder nicht, nur kann ihm dazu wie zur Anhebung des Prozesses überhaupt ein bindender Auftrag von der Waisenbehörde ertheilt werden. (Z. XIV, 243.) Auch für die Zustimmung zur Rehabilitation eines Schuldners oder zum Behuf eines gerichtlichen Akkommodements ist die waisenamtliche Genehmigung nothwendig. (Z. I, 183, Nro. 30.)

8. Bei Entscheidung der Frage über Ertheilung oder Verweigerung einer Prozeßvollmacht haben die Vormundschaftsbehörden im einzelnen Falle ihr besonderes Augenmerk darauf zu richten, ob Aussicht auf Erfolg für die Vögtlinge vorhanden sei. Demnach sollten sie ihre Untersuchung so weit ausdehnen, um mit einiger Wahrscheinlichkeit sich eine Ansicht über den Ausgang des Prozesses bilden zu können. (B. XVI, 315, Nro. 32.)

9. Der alte § 372 forderte die Genehmigung auch zu einem Vergleich. Dies ist gestrichen worden, weil sich die Befugniß zum Vergleich ohne Weiteres nach der Befugniß zum Prozeß richtet.

10. Eine Strafklage gegen Familienglieder des Vögtlings wegen Vergehen gegen das Eigenthum oder wegen Betruges kann der Vormund nicht von sich aus anheben,

sondern bedarf hiezu der Ermächtigung der Vormundschaftsbehörden, da eine solche auf die Ehre, die Oekonomie und das ganze Lebensglück aller Familienglieder von tief eingreifenden Folgen sein kann. (B. XIX, 10, Nro. 12.)

§ 783.

[373]. Außerdem ist der Vormund verpflichtet, auch andere, in § 782 nicht ausdrücklich benannte Verträge oder andere Rechtsgeschäfte, welche den Kapitalbestand des Vermögens vermindern könnten oder sonst von großem Einflusse sind auf die gesammte Vermögensverwaltung, dem Waisenamte zur Genehmigung vorzulegen. Im Unterlassungsfalle wird er gegenüber dem Bevormundeten für allen Schaden verantwortlich, welcher aus diesen Geschäften für denselben entsteht.

1. Die von dem Vormunde eingegangenen Verbindlichkeiten, welche nicht unter die in §§ 782 und 784 speziell aufgezählten Geschäfte gehören, sind für die Vögtlinge verbindlich, auch wenn sie um ihrer Bedeutung willen dem Waisenamte zur Genehmigung hätten vorgelegt werden sollen. Dagegen ist der Vormund den Vögtlingen hiefür verantwortlich. (B. X, 49, Nro. 17; Z. XIX, 154, Nro. 19; XX, 85, Erw. 11.)

§ 784.

[374]. Der bezirksräthlichen Genehmigung bedürfen:

a. der Erwerb eines Bürgerrechtes oder die Verzichtleistung auf ein solches von Seite des Vögtlings;
b. die Adoption eines Bevormundeten (§ 721);
c. Veräußerungen von Liegenschaften, z. B. durch Verkauf, Vertauschung, Verpfändung;
d. Ankäufe von Liegenschaften;
e. Kontrahirung von Kapitalschulden mit Versicherung;
f. Bürgschaften und andere Interzessionen;
g. Stiftungen (§ 40);
h. alle Hauptbauten;
i. Uebernahme oder Liquidation einer Fabrik, einer Handlung oder eines Gewerbes oder Eingehung einer Handelsgesellschaft;
k. Pachtverträge, welche sich auf ein ganzes landwirthschaftliches oder industrielles Gewerbe beziehen;
l. Leibdingsverträge;
m. Erklärungen über Antritt oder Ausschlagung einer Erbschaft;
n. Ausrichtungen und Erbtheilungen;
o. die Ertheilung oder Verweigerung einer Vollmacht zur Führung eines ordentlichen Civilprozesses außer den in § 782 lit. f angeführten Fällen.

1. Genehmigung. Bis zu deren Ertheilung ist das betreffende Rechtsgeschäft für den Vögtling nicht verbindlich. Ist sie aber erfolgt, so wirkt dieselbe auf den Moment der Eingehung des Geschäftes zurück, d. h. es wird das letztere als von Anfang an gültig angesehen. (B. VIII, 200, Erw. 7.)

2. Zu a. Vgl. Gesetz betreffend das Gemeindewesen vom 27. Juni 1875 (Off.S. Bd. XVIII, 524) §§ 18 ff. Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1882, p. 290).
Auch der Erwerb eines Bürgerrechts im Wege der Schenkung bedarf der bezirksräthlichen Genehmigung. (Z. XI, 458, Nro. 93.)

3. Zu c. Dahin gehört auch der Zwangsenteignungsvertrag, bei welchem insbesondere zu prüfen ist, ob die Gegenleistung sachgemäß sei. (B. XIV, 421, Nro. 69; XIX, 32, Nro. 12.) Kaufverträge, welche von volljährigen Bevogteten noch im Zustande der Handlungsfähigkeit abgeschlossen worden sind, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bezirksrathes nicht; dagegen hat diese Behörde den Vormund zur Vornahme der notarialischen Fertigung zu autorisiren. (Z. XV, 95, Nro. 28.)

4. Zu e. Kapitalschulden. Die Darlehensschulden sind der wichtigste, aber nicht der einzige Fall. Soll ein Kaufpreis auf der verkauften Liegenschaft versichert, oder für eine Handelsschuld ein Waarenlager verpfändet, oder für eine Kapitalsumme Kaution durch Pfandrecht bestellt werden, so bedarf es der bezirksräthlichen Genehmigung.

5. Zu i. Das geht nicht auf bloßen Hausirhandel. (OG. 1880, Nro. 8.)

6. Zu l. Leibdingsverträge. (Vgl. §§ 476 u. ff.)

7. Zu m. Antrittserklärungen sind zwar in unserm Rechte seltener als in andern, weil die Erbschaft von Rechtes wegen auf die Erben übergeht (§ 928), können aber vorkommen, z. B. in Folge einer gerichtlichen Aufforderung nach erhobenem Inventar, oder in Folge testamentlicher Anordnung. (Vgl. §§ 947 und 1021.)

8. Zu n. S. § 1053, 1.

9. Zu o. S. § 782, 6—10.

§ 785.

[375]. Die Ausschlagung einer Prozeßvollmacht für den Vögtling, wenn dieser als Beklagter von einem Dritten ins Recht gefaßt wird, gilt als Anerkennung der klägerischen Rechtsbegehren.

1. Eine Klage für einen Bevogteten kann nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörden bei Gericht angebracht werden. Wenn demnach in einem solchen Falle eine gerichtliche Aufforderung an den Vormund zur Beibringung einer waisenamtlichen Prozeßvollmacht nöthig wird, so kann als Folge der Unterlassung nur die Nichtanhandnahme der Klage angedroht werden. (B. II, 434, Nro. 25.)

Wird dagegen der Vögtling als Beklagter ins Recht gefaßt, oder wird Namens desselben gegen ein erstinstanzliches Urtheil die Appellation erklärt, so ist auf die Nichtbeibringung einer Vollmacht der Waisenbehörde innerhalb der anberaumten Frist anzudrohen, daß die Klage als anerkannt betrachtet, beziehungsweise auf die Appellation verzichtet werde. (Z. IX, 422, Nro. 152.)

2. Für die Kosten von Maßnahmen, welche inzwischen, d. h. bis zum Entscheid der Frage über Ertheilung der Prozeßvollmacht, im Interesse des Vögtlings nöthig

gewesen sind, z. B. die vorläufige Bestellung eines Anwalts, hat derselbe einzustehen, wenn auch nachher von der Waisenbehörde die Prozeßvollmacht verweigert wird. (Z. III, 208.)

§ 786.

[376]. Der Verkauf von Liegenschaften oder anderen wichtigen Vermögensstücken ist in der Regel nur zulässig auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung. Indessen sind die Vormundschaftsbehörden berechtigt, da wo aus besonderen im Protokolle vorzumerkenden Gründen ein Verkauf aus freier Hand zweckmäßiger scheint, einen solchen gutzuheißen.

1. Zuweilen wird gemeint, daß bei Erbschaftstheilungen, z. B. zwischen minderjährigen und volljährigen Erben eines Vaters die Grundstücke nothwendig oder doch der Regel nach auf öffentliche Gant zu bringen seien und daß sich die volljährigen Erben solches immer gefallen lassen müssen. Dabei bedenkt man nicht, daß es sich hier nicht um einen Verkauf, sondern um Theilung einer gemeinsamen Sache handelt. Jeder der Miterben muß sich allerdings die Auflösung der bisherigen Verbindung, somit auch gegen Ersatz die Zuscheidung eines Objektes, z. B. eines Grundstückes, an die andern Miterben gefallen lassen; aber er kann nur durch richterliches Ermessen genöthigt werden, zu einer Versteigerung Hand zu bieten. (Vgl. § 116.)

§ 787.

[377]. Es steht dem Waisenamte frei, auch andere besonders wichtige Rechtsgeschäfte, welche in dem § 784 nicht ausdrücklich benannt sind, dem Bezirksrathe zur Genehmigung vorzulegen.

1. Besonders wichtige. Vgl. Z. XIV, 431, Nro. 110.

§ 788.

[378]. Ebenso kann der Bezirksrath von sich aus anordnen, daß ihm auch andere besonders wichtige Rechtsgeschäfte vor dem endlichen Abschlusse zur Genehmigung vorgelegt werden. Gegen solche Anordnungen steht dem betheiligten Waisenamte das Recht des Rekurses an die Direktion der Justiz offen, welche definitiv darüber entscheidet.

§ 789.

[379]. Wenn ein Rechtsgeschäft von dem Vögtlinge selbst, ohne Zustimmung des Vormundes, abgeschlossen wird, oder in dessen Namen von dem letzteren ohne Zustimmung des Waisenamtes, wo diese nach § 782 nöthig ist, oder ohne Zustimmung des Bezirksrathes, wo diese nach § 784 oder § 788 erfordert wird, so unterliegt die Gültigkeit desselben den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechtes und des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit.

1. Bundesgesetz betreffend die Handlungsfähigkeit. Dasselbe bestimmt in Art. 6 Abs. 2, daß die von den Entmündigten nach der Publikation der Bevogtigung

vorgenommenen Rechtsgeschäfte, welche das kantonale Recht ihm nicht zu freiem Abschluß vorbehalten habe, nur die im schweizerischen OR. Art. 30, 32—34 für Verträge beschränkt handlungsfähiger Personen anerkannten Wirkungen erzeuge. Und Art. 3 des Handlungsfähigkeitsgesetzes sagt, daß jene für den Mobiliarverkehr der Minderjährigen geltenden Bestimmungen des OR. auch auf die übrigen Rechtsgeschäfte derselben anwendbar seien.

2. Das schweiz. OR. sagt in

Art. 30, Abs. 2, die Genannten können ohne die Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter „solche Verträge eingehen, welche lediglich bezwecken, ihnen Rechte einzuräumen oder sie von Verbindlichkeiten zu befreien."

Art. 32. „Ein Vertrag, welcher ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossen worden ist, kann durch denselben oder durch die Partei selbst, wenn diese inzwischen die Vertragsfähigkeit erlangt hat, genehmigt werden.

Der andere Theil wird frei, wenn die Genehmigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, welche er selbst ansetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen lassen kann."

Art. 33. „Erfolgt keine Genehmigung, so ist jeder Theil befugt, die schon vollzogene Leistung zurückzufordern.

Der nicht gebundene Theil jedoch haftet nur so weit, als die Leistung für ihn nützlich verwendet worden oder als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäußert hat.

Hat er die andere Vertragspartei zu der irrthümlichen Annahme seiner Vertragsfähigkeit verleitet, so ist er ihr für den verursachten Schaden verantwortlich."

Art. 34. „Wird einer in ihrer Vertragsfähigkeit beschränkten Person von ihrem gesetzlichen Vertreter der selbstständige Betrieb eines Berufes oder Gewerbes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, so haftet sie mit ihrem ganzen Vermögen aus denjenigen Geschäften, welche zu dem regelmäßigen Betriebe dieses Berufes oder Gewerbes gehören."

3. Nach § 1089 gelten alle diese Bestimmungen auch für den Immobiliarverkehr aller Bevormundeten.

4. Eine Bereicherung (OR. Art. 33) liegt vor, wenn das Geld, welches einem Vögtling geliehen wurde, noch bei ihm gefunden wird, oder wenn er dasselbe für nothwendige Bedürfnisse verwendet hat, denen sich auch der Vormund nicht hätte entziehen können, oder wenn ein Dritter solche nothwendige Leistungen für den Vögtling gemacht hat. (B. X, 271, Nro. 29; XVII, 27, Nro. 32; XIX, 177, lit. b; Z. VIII, 52, Nro. 34; XVI, 230, Erw. 3; XX, 184, Nro. 31.)

§ 790.

[380]. Der Bezirksrath ist berechtigt, wo besondere Gründe es im Interesse eines Vögtlings nothwendig machen, die Befugnisse des Vormundes oder des Waisenamtes ausnahmsweise zu erweitern.

Gegen eine solche Verfügung oder gegen deren Versagung steht dem betheiligten Vögtling oder seinen Anverwandten, dem Vormunde und dem Waisenamte das Recht des Rekurses an den Regierungsrath offen.

1. Die Erweiterung dieser Befugnisse ist eine ausnahmsweise und setzt besondere Gründe voraus, welche es im Interesse des Vögtlings, nicht etwa nur dritter Personen, wünschbar machen, daß der Vormund oder das Waisenamt freiere Hand erhalte und rascher verfahren könne als in den gewöhnlichen Fällen. Dann aber besteht sie nicht in der Ertheilung einer Spezialvollmacht für ein einzelnes Geschäft, z. B. für freien Verkauf eines ganzen Waarenlagers in Amerika durch den Vormund oder dessen Beauftragten in kritischer Zeit (vgl. darüber § 791), sondern vielmehr in der Ertheilung einer allgemeinen, auf einen ganzen Geschäftszweig, z. B. Handel, bezüglichen, weitern Kompetenz, als die §§ 782 und 784 der Regel nach einräumen. Auch die Theilung der Güter läuft etwa dem Interesse minderjähriger Kinder entgegen und ist zuweilen nur zu hindern, wenn die Kompetenz des Vormundes so erweitert wird, daß nicht alle wichtigeren Geschäfte sofort an das Waisenamt gebracht werden müssen.

§ 791.

[381]. Wo die waisenamtliche oder bezirksräthliche Genehmigung für ein Rechtsgeschäft erforderlich ist, kann das Waisenamt oder der Bezirksrath entweder das Geschäft einfach gutheißen oder untersagen, oder die nöthige Anweisung für weitere Unterhandlung und Vollmacht für Abschluß ertheilen.

1. Der Vormund soll zunächst das Rechtsgeschäft, z. B. den Vertrag, vorbereiten und der Vormundschaftsbehörde mit dem erforderlichen Berichte vorlegen. Aber diese ist hinwieder berechtigt, statt einfach zu ratifiziren oder das Geschäft zu untersagen, nähere Bestimmungen festzusetzen, welche der Vormund (beziehungsweise das Waisenamt) bei weiterer Unterhandlung zu beobachten habe. (Vgl. § 794.)

§ 792.

[382]. Der auf Hinderung eines Rechtsgeschäftes an je die obere Vormundschaftsbehörde gerichtete Rekurs gegen eine Verfügung oder einen Beschluß des Vormundes oder der unteren Vormundschaftsbehörde ist so lange gestattet, bis durch den endlichen Abschluß des Rechtsgeschäftes durch die kompetente Stelle und die Mittheilung an den betheiligten Dritten dem letzteren ein Privatrecht erworben ist.

Da, wo der Abschluß eines Rechtsgeschäftes in die Kompetenz des Bezirksrathes fällt (§§ 784 und 788), geht die Ratifikation desselben durch den Beschluß erst dann in Wirksamkeit über, wenn binnen der Rekursfrist (§ 815) nicht bei dem Bezirksrathe Rekurs erklärt worden ist.

1. Ist ein Vertrag von dem Vormunde oder der Vormundschaftsbehörde, welche dazu nach dem Gesetze kompetent ist, im Namen des Vögtlings mit einem Dritten abgeschlossen worden, so ist derselbe für beide Theile verbindlich, indem die mangelnde Handlungsfähigkeit des Vögtlings durch jene Zustimmung ergänzt worden ist. Ist dem Dritten von dem Abschlusse Kenntniß gegeben worden, so hat er in dem nämlichen Momente ein Privatrecht erworben, und es kann von da an nicht mehr bei den

obern Vormundschaftsbehörden stehen, ihm dieses Privatrecht zu entziehen, oder ihn in dem Genusse desselben zu beschränken. Dieser Dritte ist als selbstständige Person den Verfügungen der Vormundschaftsbehörde nicht unterworfen. Er kann seine erworbenen Rechte, auch dem durch den Vormund repräsentirten Vögtlinge gegenüber, nöthigen Falles vor dem Richter vertheidigen. Daher ist ein Rekurs an die obere Vormundschaftsbehörde, insofern er auf Hinderung des Rechtsgeschäftes gerichtet ist, nicht mehr zulässig, und selbst wenn das Rechtsgeschäft dem Vögtlinge zum Schaden gereichte, so kann es auf solchem Wege nicht mehr aufgehoben werden. Eine Schadenersatzforderung des Vögtlings aber an den Vormund oder die Mitglieder des Waisenamtes, welche durch ihre Verschuldung den Schaden veranlaßt haben, wird dadurch nicht gehindert.

2. Nur für eine Klasse von Rechtsgeschäften, diejenigen nämlich, deren Genehmigung nach §§ 784 und 788 in die bezirksräthliche Kompetenz fällt, macht das Gesetz die Wirksamkeit der Ratifikation des Geschäftes durch den Bezirksrath, inwiefern einem Dritten dadurch Privatrechte ertheilt werden, abhängig von dem Ablauf der regelmäßigen Rekursfrist von vierzehn Tagen. (Vgl. B. VIII, 200 Erw. 7.)

§ 793.

[383]. Demgemäß können der Vögtling selbst oder dessen Mutter oder andere Anverwandte sich mit einer solchen Beschwerde über den Vormund an das Waisenamt wenden, diese Personen und der Vormund mit einer Beschwerde über das Waisenamt an den Bezirksrath, die genannten Personen und das Waisenamt mit einer Beschwerde über den Bezirksrath an den Regierungsrath.

1. Andere Anverwandte, nicht nothwendig die nächsten Erben; und die mütterlichen Anverwandten werden nicht minder gehört als die väterlichen.

2. Vgl. § 807. Dritte Personen können übrigens nie in ihrem eigenen Interesse Beschwerde führen bei den Vormundschaftsbehörden, sondern nur im Interesse des Vögtlings. Wenn demnach solche ihre Rechte durch Verfügungen einer Vormundschaftsbehörde benachtheiligt halten, so haben sie einfach bei den Gerichten Schutz zu suchen. (Z. XIV, 435, Nro. 113; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1864 p. 186; 1881 p. 340.)

3. Regierungsrath. Der alte § 383 sagte: „Direktion der Justiz". Allein das Gesetz betreffend die Organisation und Geschäftsordnung des Reg.-R. vom 25. Juni 1871 (Off. S. Bd. XV, p. 514) bestimmt in § 21, daß in diesen Sachen der Justizdirektion bloß die Antragstellung und Berichterstattung, dem gesammten Regierungsrathe aber die Entscheidung zufalle.

§ 794.

[384]. Je die obere Vormundschaftsbehörde ist in diesem Falle berechtigt, auch wenn das Geschäft in die Kompetenz der unteren gehört, derselben die nöthigen Vorschriften zu ertheilen und den Abschluß eines Geschäftes auf so lange zu hindern, bis diese Vorschriften beachtet sind.

§ 795.

[385]. Streitigkeiten über die Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit eines abgeschlossenen Rechtsgeschäftes sind als Rechtssache zu behandeln.

1. Es sind Streitigkeiten gemeint zwischen dem Bevormundeten und dem Dritten, der mit ihm ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, nicht innerhalb der Vormundschaft selbst, wie die in § 793 erwähnten.

§ 796.

[386, 387]. Jedes Waisenamt sorgt, unter der Oberaufsicht des Bezirksrathes, für eine taugliche Schirmlade.

Dieselbe soll in einem sicheren, feuerfesten Raume untergebracht und wenigstens mit drei Schlössern wohl verwahrt sein. Von den drei Schlüsseln sollen einer in der Hand des Präsidenten, die beiden anderen in den Händen zweier Mitglieder des Waisenamtes liegen. Bei jeder Oeffnung und Schließung der Schirmlade sollen alle drei Schlüßler oder ihre Stellvertreter und der Schreiber des Waisenamtes gegenwärtig sein.

1. Die Anwesenheit des Schreibers ist nöthig, um der äußern Ordnung der Papiere willen sowohl als damit er von allen Veränderungen sofort im Protokoll Vormerkung nehmen kann (§ 798).

§ 797.

[388]. In der Schirmlade werden aufbewahrt:

a. alle Inventare, Vormundschaftsrechnungen, Werthschriften und andere wichtige, den Bevormundeten zugehörige Urkunden;

b. allfällige Kostbarkeiten, deren Ueberlassung an den Vögtling oder an dessen Familie oder Vormund unzweckmäßig wäre.

1. Es versteht sich von selbst, daß die in dem Schirmkasten aufbewahrten Schuldtitel unter keinerlei Vorwand zu fremdartigen Zwecken mißbraucht werden dürfen. Insbesondere dürfen die Schuldtitel des einen Vögtlings auch nicht für Schulden eines andern verpfändet werden. Der Schirmkasten hat den Zweck, jedem einzelnen Vögtling sein Vermögen möglichst sicher zu stellen, nicht aber den, Anleihen, Spekulationen, Machenschaften zu begünstigen.

Die im Schirmkasten zu verwahrenden Werthschriften sind in der Regel dem Präsidenten des Waisenamtes zu übergeben; ausnahmsweise kann die Abgabe auch an die Kanzlei dieser Behörde stattfinden, wo solche von der letztern zur Empfangnahme ermächtigt ist. (Z. IX, 251, Nro. 22.)

2. In der Kommission von 1853 wurde die Frage angeregt, ob nicht weitere Vorsichtsmaßregeln zu ergreifen seien, um eine widerrechtliche Veräußerung oder Verpfändung solcher Schuldtitel zu verhindern, z. B. durch Aufdrückung eines Stempels. Man überzeugte sich aber allgemein, daß die Bedenken gegen eine solche Anordnung

weit überwiegen. Die Papiere selbst würden dadurch auch für die Zukunft an Werth verlieren, indem ängstliche Leute sich scheuten, dergleichen bezeichnete Effekten zu übernehmen, und die Sicherheit wäre doch trügerisch, indem, wenn einmal die Aufsicht der Schlüßler nicht hilft, auch der Stempel entweder beseitigt oder durch Scheinbewilligungen oder Scheinverträge die Wirksamkeit desselben gelähmt werden könnte.

3. Das Sparkassaheft der Vögtlinge darf der Vormund in der Regel in seiner Hand behalten. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1869, p. 196.)

§ 798.

[389]. Ueber die sämmtlichen in der Schirmlade verwahrten Gegenstände soll ein genaues und vollständiges Verzeichniß (Schirmbuch) geführt werden. In demselben sind die einzelnen Stücke, welche eingelegt oder herausgenommen werden, unter dem entsprechenden Datum vorzumerken.

1. Neu ist in diesem Paragraph nur die genauere Bestimmung, daß bei den Veränderungen das Datum angegeben werden soll.

§ 799.

[390]. Für jeden Gegenstand, welcher dem Waisenamte zur Einlegung in die Schirmlade übergeben wird, hat dasselbe einen Empfangschein auszustellen; ebenso ist ihm die Aushingabe durch den Empfänger zu bescheinigen.

1. Die Aenderung dieses Paragraphen besteht nur darin, daß im Anfang statt „Für jede Urkunde" allgemeiner gesagt wurde, „für jeden Gegenstand." Die Schirmladen werden oft auch für Privatdepositen, besonders Nießbrauchskapitalien benutzt und für letztere vom Regierungsrathe auch empfohlen. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1863, p. 164.)

§ 800.

[391]. Von Zeit zu Zeit, alljährlich wenigstens ein Mal, soll das Waisenamt eine Durchsicht der Schirmlade vornehmen, den Inhalt derselben mit dem Schirmbuche vergleichen und über das Resultat dieser Untersuchung an den Bezirksrath berichten.

§ 801.

[392]. Von Zeit zu Zeit, wenigstens ein Mal innerhalb zweier Jahre, soll der Bezirksrath jede Schirmlade seines Bezirkes durch Abgeordnete an Ort und Stelle genau untersuchen lassen, das Nöthige verfügen und über das Resultat dieser Untersuchung an die Direktion der Justiz Bericht erstatten.

§ 802.

[393, 395]. Das Waisenamt läßt sich von dem Vormunde ordentlicher Weise alle zwei Jahre ein Mal, und außerordentlicher Weise so oft solches nöthig befunden wird, Rechnung ablegen über die ganze Vermögensverwaltung.

Wenn ein Vormund nicht fähig ist, selbst die Rechnung zu stellen, so wird der Gemeindrath auf dessen Begehren oder von sich aus demselben auf seine, des Vormundes, Kosten zu diesem Behufe einen geeigneten Stellvertreter anweisen.

1. Obgleich in der Referendumsausgabe Satz 1 angestrichen ist, enthält derselbe nichts Neues. (Vgl. § 753, 7.)

2. Stirbt der Vormund, so sind seine Erben verpflichtet, die Rechnung für die Zeit bis zu seinem Tode zu stellen und können durch gerichtliche Klage dazu gezwungen werden. (Z. XIV, 428, Nro. 107.)

§ 803.

[394]. Die Vogtrechnungen sollen auf Grundlage des Inventars, beziehungsweise je der letzten Rechnung, gestellt sein und einen deutlichen Ueberblick der seitherigen Veränderungen des Vermögens enthalten. Ausgaben und Einnahmen sollen verzeichnet und, so weit es möglich ist, mit den erforderlichen Belegen versehen sein. Der Vormund hat jede Rechnung in zwei Exemplaren auszufertigen, wovon das eine ihm zurückgestellt, das andere von dem Waisenamte aufbewahrt wird.

1. Das Inventar bildet die Grundlage aller künftigen Rechnungen, von welchen hinwieder je die spätere auf die unmittelbar vorhergehende frühere sich zu beziehen hat. Das Rechnungswesen muß so einfach als möglich, aber zugleich auch so klar als möglich eingerichtet sein. Vollständigkeit aller Einnahmen und Ausgaben ist in vielen Fällen möglich und gut, in andern Fällen so beschwerlich als überflüssig; z. B. wenn ein Minderjähriger Antheil an einer Handlung hat, so wird gewöhnlich ein Auszug aus der Bilanz der Handlung für den darauf bezüglichen Abschnitt der Vogtrechnung genügen. Oder, wenn die Wittwe und Waisen eines verstorbenen Landwirthes die Güter desselben fortbebauen und bewerben, wird oft die Aufzählung der täglichen Haushaltungsausgaben, des Fruchterlöses u. s. f. für einfache Verhältnisse zu umständlich sein und eine Vergleichung des neuen Inventars mit dem frühern insoweit genügen, als nicht etwa ein Rückschlag oder eine Veränderung im Stammvermögen genaueren Nachweis fordert. Ueber die Zuläßigkeit und die Ausdehnung derartiger Erleichterungen des Rechnungsstellers haben die Vormundschaftsbehörden nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden.

§ 804.

[396]. Das Waisenamt prüft die Vogtrechnungen, läßt die nöthigen Ergänzungen und Berichtigungen anbringen und ladet zur Abnahme der-

selben den Vormund, den mündigen Vögtling (§ 756) und dessen Mutter oder andere nächste Anverwandte vor, theils um weitere Erkundigungen von diesen Personen einzuziehen, theils um sich mit ihnen zu berathen.

§ 805.

[397]. Das Ergebniß der Prüfung der Vogtrechnung durch das Waisenamt wird in Form eines Abschiedes der Rechnung beigesetzt und dieselbe sodann dem Bezirksrathe zu zweitinstanzlicher Prüfung und Verabscheidung zugewiesen.

§ 806.

[398]. Die von den Vormundschaftsbehörden abgenommene und gutgeheißene Rechnung hat auch bei späteren Ausstellungen gegen dieselbe die Vermuthung der Richtigkeit für sich.

1. Das Berner Civilgesetz, Satzung 286 ff., geht weiter, indem es der Rechnungsabnahme die Kraft eines rechtskräftigen Urtheils beilegt, somit formelles Recht begründet. Diese Wirkung ist unverhältnißmäßig stark. Dagegen rechtfertigt sich die in unserm Gesetze anerkannte Vermuthung der Richtigkeit durch die in zwei Instanzen wiederholte Prüfung der Rechnung und dient zugleich dazu, den Vormund gegen chikanose zukünftige Streitlust des gewesenen Vögtlings oder seiner Erben zu schützen. Dadurch wird jener der Nothwendigkeit enthoben, den Beweis für die Richtigkeit seiner Rechnung gegenüber einer einfachen Bestreitung zu übernehmen. Dem Vögtling oder seinem Rechtsnachfolger aber bleibt es unbenommen, den Beweis des Irrthums oder der Täuschung zu führen und, wenn ihm dieser Beweis gelingt, dem Vogt zum Schadenersatze anzuhalten.

2. Die Vermuthung für die Richtigkeit der von den Vormundschaftsbehörden abgenommenen Rechnung greift übrigens selbstverständlich nur Platz, wenn der Abnahme der letztern eine sorgfältige Prüfung ihres Inhaltes und Vergleichung desselben mit den Rechnungsbelegen vorangegangen ist. (Z. I, 184, Nro. 32; XIX, 18, Erw. 10.) Auf die Form, in welcher die Rechnung gestellt ist, kommt hiebei nichts an. (Z. I, 185, Nro. 33.) Das Ergebniß der Rechnung nach Maßgabe allfälliger von den Vormundschaftsbehörden beschlossener Abänderungen, in Verbindung mit dem als richtig anerkannten Theile, ist für die Abrechnung zwischen Vormund und Vögtling so lange maßgebend, bis von dem einen oder andern Theile ein anderes Resultat herbeigeführt worden sein wird. (Z. I, 189, Nro. 38, XIX, 17 Erw. 8.)

§ 807.

[399]. Bei Gelegenheit der Rechnungsabnahme soll jederzeit auch auf die übrigen Verhältnisse des Vögtlings, insbesondere auf die religiöse und sittliche Erziehung und die Berufsbildung der Minderjährigen sorgfältig geachtet, auch darüber näherer Bericht verlangt und mit den betheiligten Personen sowohl als auch, wo es nöthig ist, mit anderen sachkundigen Männern zu Rathe gegangen werden.

Beschwerden des Vögtlings selbst oder seiner Anverwandten über das Benehmen oder die Geschäftsführung des Vogtes oder des Waisenamtes sind nach § 793 zu behandeln.

1. Vgl. Gesetz betr. die Organisation und Geschäftsordnung des Reg.-R. vom 25. Juni 1871 (Off.-S. Bd. XV, p. 514) § 21. Der Rekurs geht an den Regierungsrath, der Justizdirektion steht die Antragstellung und Berichterstattung zu.

§ 808.

[400]. Wenn ein Vormund länger als sechs Wochen nach dem Rechnungstermine zögert, Rechnung abzulegen, so soll ihm von dem Waisenamte eine den Umständen angemessene Frist angesetzt werden, um inzwischen die Rechnung einzureichen.

§ 809.

[401]. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist ist der säumige Vormund mit einer Ordnungsbuße zu belegen, und auf dem Exekutionswege dafür zu sorgen, daß auf seine Kosten durch einen Sachkundigen die Rechnung hergestellt werde.

1. Auf dem Exekutionswege. Die Vormundschaftsbehörde wird demnach nicht genöthigt, den Vormund auf dem Wege des Prozesses zur Rechnungsstellung anzuhalten. Sie bezeichnet von sich aus einen geeigneten Rechnungssteller und läßt durch diesen die Rechnung machen. Auf diesem Wege wird in die Verwaltung des Vogtgutes Ordnung gebracht und die Einsicht in den Vermögenszustand hergestellt. Dem Vormund steht es frei, gegen die Richtigkeit einer derartigen Rechnung die ihm gut scheinenden Einwendungen zu machen, nöthigen Falles auch gegen das Resultat derselben, so weit dabei seine eigenen Rechte betheiligt sind, z. B. insoweit er nach demselben als Debitor erscheint, sich zu verwahren. Die Nöthigung zur Rechnungsstellung ist zunächst Verwaltungssache, die Nöthigung zur Bezahlung der bestrittenen Schuld ist dann Rechtssache. Dort kommt die Verpflichtung des Vormundes als eines Vormundes, hier sein Verhältniß als eines Privatschuldners zur Sprache. So weit die Verwaltung reicht, stehen die Vormundschaftsbehörden über dem Vormunde, und er hat sich ihren Anordnungen zu unterziehen. Insofern er über ein Schuldverhältniß mit dem Vögtlinge oder der diesen schützenden Obervormundschaft streitet, ist er, wie ein Dritter nur dem Urtheile des Gerichtes unterworfen.

§ 810.

[402]. Wenn ein Vormund sich in einem solchen Falle weigert, dem geordneten Rechnungssteller die nöthigen Schriften einzuhändigen und Aufschlüsse zu geben, so wird er nach vorangegangener Androhung (Strafgesetzbuch § 80) durch das Statthalteramt dem zuständigen Gerichte zur Bestrafung überwiesen.

Ferner ist auf Beschluß des Bezirksrathes sein Vermögen durch das Gericht mit Beschlag zu belegen, und diese Beschlagnahme so lange aufrecht zu erhalten, bis der Vormund sich den Anordnungen der Vormundschaftsbehörde unterzieht.

1. Zu Abs. 1. In den Paragraph sind die Worte „nach vorangegangener Androhung (Str.GB. nach § 80) durch das Statthalteramt" neu hinzugefügt worden. Es ist damit deutlich gesagt, daß die Ueberweisung durch eine gehörige Anklage wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen zu geschehen habe, und nach § 80 Str.GB. kann diesfalls eine Kriminalstrafe nur dann eintreten, wenn in der Verfügung für den Fall des Ungehorsams die Ueberweisung an die Gerichte angedroht worden ist. Die Strafe besteht in Gefängniß bis zu einem Monat, womit Geldbuße bis zu 200 Fr. zu verbinden ist; in geringfügigen Fällen kann nur auf Geldbuße erkannt werden.

2. Zu Abs. 2. Neu hinzugefügt sind die Worte: „auf Beschluß des Bezirksrathes." Es kann also hinfort nicht mehr das Waisenamt von sich aus die Beschlagnahme begehren.

3. Die Beschlagnahme wird durch das Gericht auf einfaches Begehren der Vormundschaftsbehörde oder des von dieser ermächtigten Rechnungsstellers, als Spezialvormundes, nach kurzer Prüfung der in dem Gesetze erwähnten Voraussetzungen angeordnet. Sie ist eher ein Nöthigungsmittel, den Befehlen der Vormundschaftsbehörden Folge zu verschaffen, als eine Strafe.

§ 311.

[403]. Wenn ein Vormund verdächtig ist, Gelder oder anderes Vermögen des Vögtlings unterschlagen zu haben, oder wenn er auf eine widerrechtliche Weise zögert, solches Vermögen an seine Nachfolger oder die Vormundschaftsbehörde abzuliefern, so ist das Waisenamt verpflichtet, davon unverzüglich dem Bezirksrathe Anzeige zu machen, welcher strafrechtliche Untersuchung veranlassen kann.

Das Statthalteramt ist berechtigt, nach vorläufiger Prüfung des Falles den Vormund zu verhaften, für die vorläufige Beschlagnahme seines Vermögens zu sorgen und das gewohnte Strafverfahren unverzüglich einzuleiten.

1. Dem Bezirksrathe. Der frühere § 403 sagte nur „dem Statthalter"; es ist also nunmehr ein Beschluß des ganzen Kollegiums nothwendig.

2. Es ist in der Expertenkommission die Anregung gemacht worden, Abs. 2 zu streichen, weil dies Sache der Strafprozeßordnung sei, s. Prozeßgesetz §§ 785, 820, 821 und zur Willkür des Statthalters führen könnte. Man entschied sich aber für die Beibehaltung aus folgenden Gründen: Nach dem Prozeßgesetze würde eine Verhaftung des bloß ungehorsamen Vormundes nicht zuläßig sein; man kann aber oft nicht zum Voraus wissen, ob bloß Ungehorsam, oder geradezu Unterschlagung vorliege. Die Waisenämter unterligen einer strengen Haftbarkeit; sie müssen daher energische Mittel

haben, um ihrerseits gegen den Vormund vorzugehen. Wenn ein Verhaft angedroht ist, springen bisweilen die Verwandten des Vormundes diesem bei, und das Waisenkind wird gedeckt.

3. Für die Dauer dieses Verhaftes sind die §§ 787 ff. des Prozeßgesetzes maßgebend. Uebrigens wird derselbe, wie in der Kommission gesagt wurde, bei Leistung genügender Kaution kaum verhängt werden.

§ 812.

[404]. Der Bezirksrath ist jederzeit berechtigt, sei es auf Antrag des Waisenamtes oder von sich aus, die Entlassung eines Vormundes zu beschließen. Gegen einen solchen Beschluß steht den Betheiligten der Rekurs an die Direktion der Justiz offen.

1. Die Entlassung eines Vormundes setzt zureichende Gründe voraus. Diese können aber sehr verschiedenartig sein. Insbesondere sind drei Klassen von Fällen auseinander zu halten:

a. solche, in denen der Vormund die Entlassung begehrt, aus Gründen, welche ihn von der Verpflichtung zur Vormundschaft befreien. Da ist nach Analogie des § 747 und mit Rücksicht auf § 752 zu verfahren, mit der Unterscheidung jedoch, daß in der Regel nur neue, seit der Uebernahme der Vogtstelle entstandene Gründe das Begehren rechtfertigen, und es eher stärkerer Gründe bedarf, um einer übernommenen Vogtstelle hinterher sich wieder zu entziehen, als eine angetragene abzulehnen;

b. solche, in denen eine Verschuldung oder Unfähigkeit des Vormundes die Entlassung desselben wünschbar macht, z. B. Mangel an Sorgfalt, schlechte Verwaltung. Der Verdacht und die Besorgniß, daß das Vermögen des Vögtlings Schaden leide, oder die sittliche Aufsicht über denselben, etwa die Erziehung eines Minderjährigen, fehlerhaft sei, genügen, um die Entlassung zu begründen, und es bedarf hier keines gerichtlichen Beweises;

c. solche, in denen zwar weder der Vormund die Entlassung begehrt, noch eine Verschuldung oder Unfähigkeit desselben die Entfernung veranlaßt, wohl aber anderweitige Verhältnisse und Rücksichten auf den Vögtling und dessen Familie eine Veränderung in der Person des Vormundes wünschbar machen. Z. B.: Ein volljährig gewordener Anverwandter der bevogteten Familie, der sich vorzugsweise zu dieser Vogtstelle eignet, wird von derselben anstatt des ihr fremden bisherigen Vogtes gewünscht.

Die Entlassung eines Vormundes gegen seinen Willen ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn das Interesse des Vögtlings sie dringend erheischt. (Z. XIV, 435, Nro. 114; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1878, p. 141.)

§ 813.

[405]. Ueberdies ist das Waisenamt gegenüber dem Vormunde, je eine höhere Vormundschaftsbehörde gegenüber der untern befugt, für Fehler und unordentliches Benehmen, welche nicht gerade ein Vergehen begründen,

aber von der Art sind, daß sie im Interesse der Ordnung nicht ungeahndet bleiben können, Ordnungsbußen zu verhängen. Gegen eine solche Verfügung steht dem Betreffenden der Rekurs an je die obere Vormundschaftsbehörde offen.

1. Ordnungsbußen, in bescheidenem Maße und nur da angewendet, wo bloße Worte nicht mehr ausreichen, sondern eine reale Ahndung nöthig wird, stellen in der Regel sicher und schnell die Ordnung her; in übertriebenem Maße und leichtfertig auferlegt verletzen sie den guten Willen und stören das Vertrauen.

2. Obere Vormundschaftsbehörde, also gegenüber dem Bezirksrathe an die Justizdirektion (Gesetz betr. die Organisation des Reg.-R. Off. S. Bd. XV, p. 514) § 22 lit. a, 1.

§ 814.

[406]. Die von dem Waisenamte verfügten Ordnungsbußen werden zu Handen des Armengutes der betreffenden Gemeinde, die von oberen Vormundschaftsbehörden aufgelegten zu Handen der Staatskasse bezogen.

§ 815.

[407]. Die regelmäßige Rekursfrist in Vormundschaftssachen dauert vierzehn Tage von der schriftlichen Mittheilung an gerechnet. Da, wo Gefahr im Verzuge liegt, sind jedoch die Vormundschaftsbehörden berechtigt, sowohl eine kürzere Rekursfrist anzusetzen, als dem Rekurse die aufschiebende Wirkung zu versagen. Vorbehalten ist in diesen beiden Beziehungen die Bestimmung des § 792.

1. In der Regel ist die Exekution eines gefaßten Beschlusses bis zur Erledigung des dagegen ergriffenen Rekurses zu verschieben; ausnahmsweise aber ist die Vormundschaftsbehörde da, wo Gefahr im Verzuge liegt, berechtigt, in der Exekution auch in der Zwischenzeit fortzufahren, nur in den Fällen, wo der Abschluß eines Rechtsgeschäftes in die Kompetenz des Bezirksrathes fällt (§§ 784 und 788), ist die Rechtskraft der von dem Bezirksrathe beschlossenen Ratifikation schon durch das Gesetz an den Ablauf einer Frist von vierzehn Tagen, während welcher kein Rekurs eingelegt wird, gebunden. Und hier kann die Rekursfrist weder durch den Bezirksrath verkürzt, noch die Suspensionskraft des Rekurses verhindert werden. Sollten auch hier außerordentliche Verhältnisse ein rascheres Handeln nöthig machen, so mag die Oberbehörde, an welche der Rekurs gerichtet werden kann, dieselben berücksichtigen und nöthigen Falles kürzere Fristen ansetzen oder sonst einstweilige Vollziehung verstatten.

2. Von der schriftlichen Mittheilung an. Der alte § 407 hatte bestimmt, daß der Rekurs für alle Berechtigten so lange zuläßig sei, als auch nur einem derselben die Rekursfrist noch laufe. Das ist nun gestrichen und damit die gewöhnliche Regel über die Folgen des Ablaufes von Fristen für maßgebend erklärt worden. Dagegen ist nunmehr für den Beginn der Frist schriftliche Mittheilung verlangt, während früher auch die mündliche dazu genügte.

§ 816.

[408, 358]. Die Mitglieder der Vormundschaftsbehörden sind verantwortlich für allen Schaden, den sie durch Absicht oder Fahrlässigkeit verschuldet haben.

Hat der Gemeindrath eine besondere Waisenkommission bestellt (§ 766), so tragen zunächst die Mitglieder dieser Kommission die Verantwortlichkeit und haften die übrigen Mitglieder des Gemeindrathes nur, soweit jene zahlungsunfähig sind.

1. Vgl. § 763. Die Verantwortlichkeit lastet nicht auf der Behörde, als solcher, sondern auf den einzelnen Mitgliedern derselben, zu denen in dieser Beziehung für seinen Geschäftskreis auch der Schreiber zu zählen ist (Z. V, 189, Nro. 23; IX, 258 lit. b; XXI, 425, Erw. 19) und richtet sich nach dem Maße ihrer persönlichen Verschuldung. Fällt eine Verschuldung des eingetretenen Schadens den Mitgliedern der Behörde aus verschiedenen Amtsperioden zur Last und trifft dieselbe alle während einer gewissen Zeit in Funktion gestandenen Mitglieder mehr oder weniger, so haften diese dem Vögtlinge für das Ganze. (Z. V, 186, Nro. 22; IX, 256, Nro. 25; XIV, 52; XXI, 416 ff. Vgl. auch Z. VII, 402, Erw. 6 ff.) Vgl. § 818. Für bloß zufälligen Schaden hat Niemand einzustehen. (Vgl. Bluntschli, Rechtsgeschichte II, p. 211.)

2. Fahrlässigkeit s. § 763, 1. Dahin gehört auch die Nichtbeachtung des § 804, Z. XIV, 54; oder der Umstand, daß die Behörden sich mit einem Bürgschein des Vormundes begnügten, statt den abzuliefernden Schuldtitel selbst zu verlangen (Z. V, 186, Nro. 22; ebenso ein Rechtsirrthum derselben Z. XXIII, 94, Nro. 18); dagegen kann nicht verlangt werden, daß sie bei Visitation der Schirmlade auch die Sicherheit der Schuldtitel prüfen. (Z. XXII, 60.)

3. Allen Schaden. Dahin gehören auch die im Prozesse gegen den Vormund erlaufenen Prozeßkosten. (Z. XIV, 57, Erw. 10.)

4. Nur, soweit jene zahlungsunfähig, also subsidiär, vgl. § 817.

§ 817.

[409]. Wenn die Fahrlässigkeit, welche den Schaden verursacht hat, sowohl dem Vormunde als den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde zugleich zur Last fällt, so haften die letzteren nur hinterher (subsidiär), insofern der Vormund nicht im Stande ist, den Schaden zu ersetzen; ebenso unter der gleichen Voraussetzung beiderseitiger Fahrlässigkeit die Mitglieder des Bezirksrathes nur soweit die Mitglieder des Waisenamtes nicht vermögen, den Ersatz zu leisten.

1. Vgl. § 816, Abs. 2. Es wird vorausgesetzt, daß der Schaden nicht durch bösen Willen, sondern durch Fahrlässigkeit verursacht worden sei (s. § 818), und daß sich mehrere an sich zur Sorgfalt verpflichtete Personen dieser Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben. Hier tritt nun die Ersatzpflicht subsidiär ein, so daß zunächst der Vormund, dann hinter ihm, insofern und so weit er nicht solvent ist, die schuldigen Mitglieder des Waisenamtes und hinter diesen die schuldigen Mitglieder des Bezirksrathes einzustehen haben. Diese Stufenfolge, durch welche die einen eine stärkere Verantwort-

lichkeit tragen, als die andern, während doch alle zugleich eine Fahrlässigkeit verschuldet haben, rechtfertigt sich theils durch die verschiedene Stellung dieser Behörden und des Vormundes zu dem Bevormundeten — je näher sie diesem stehen, je mehr Veranlassung und Beruf sie haben, vorzugsweise seinen Angelegenheiten ihre Aufmerksamkeit zu widmen, desto mehr tritt auch ihre Verantwortlichkeit hervor —, theils durch die Ausdehnung dieser Verantwortlichkeit mit Bezug auf die Zahl der möglichen Fälle — je entfernter die Behörde, desto größer der Kreis der Vormundschaftsverwaltung und desto zahlreicher die Fälle, in welchen eine Ersatzpflicht zur Sprache kommen kann, wodurch diese, wenn sie nicht im umgekehrten Verhältnisse stände, unerträglich gesteigert würde. (M. X, 496, Nro. 11; B. VIII, 200, Erw. 7; IX, 277, Nro. 13, Z. XIX, 411. Vgl. ferner Bluntschli, Rechtsgeschichte II, 208 ff.). Diese subsidiäre Haftung wird im gemeinen Recht bezeichnet durch das beneficium excussionis.

§ 818.

[410]. Im Falle absichtlicher Schädigung haften alle Schuldigen solidarisch, d. h. unmittelbar jeder für das Ganze, im Falle fahrlässiger Schädigung dagegen diejenigen Personen, welche nach §§ 816 und 817 belangt werden können, alle zusammen für den ganzen Ersatz, jedoch in der Meinung, daß jeder zunächst nur für seinen Antheil und erst subsidiär für das Ganze einzustehen hat.

1. Im Falle der absichtlichen Schädigung (dolus) tritt eine stärkere Wirkung ein für den Ersatzpflichtigen als im Falle bloßer Fahrlässigkeit (culpa). Jene verpflichtet unbedingt jeden Einzelnen zum vollen Ersatz und es steht dem Berechtigten frei, beliebig auszuwählen, wen er dafür belangen wolle. Es kann somit der Belangte die Klage weder auf die übrigen der Arglist Mitschuldigen theilweise ablenken, noch mit der Einrede aufkommen, daß vorerst etwa der Vormund oder die Mitglieder der ersten Instanz zu belangen seien. Für dolus haften alle solidarisch und unbeschränkt. Allerdings darf selbst unter dieser Voraussetzung nicht etwa zum zweiten Mal Schadenersatz begehrt werden, wenn schon und so weit schon von Seite des ersten Belangten Befriedigung erlangt worden ist.

2. Anders unter der Voraussetzung der Fahrlässigkeit. Wie hier die Schuld eine mindere, so ist auch die Ersatzpflicht der Einzelnen eine beschränkte. Sie haften nicht jeder sofort für das Ganze, sondern alle auf gleicher Stufe Stehenden (§ 817) zusammen für das Ganze, jeder somit zunächst nur für einen Theil. (Z. IX, 256, Nro. 25; XIV, 52.) Es kommt dabei nicht auf die Thätigkeit der einzelnen Mitglieder an (Z. XXI, 424, Erw. 18). Gemeinrechtlich wird dieser Erfolg erreicht durch Geltendmachung des beneficium divisionis.

3. Trifft das Verschulden die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde aus verschiedenen Amtsperioden (vgl. § 816, 1), so wird dem Vögtling nicht zugemuthet, alle Schuldigen aufzusuchen und gleichzeitig ins Recht zu fassen. Es genügt, wenn er z. B. nur die Mitglieder aus der letzten Amtsperiode belangt. Diesen steht es dann frei, die Mitschuldigen aus der frühern Amtsperiode ebenfalls in Mitleidenschaft zu ziehen. (Z. IX, 253, Nro. 24.)

4. Es ist hier wie bei § 957 in der Expertenkommission die Frage aufgeworfen worden, ob diese subsidiäre Haftung, die sogenannte Gesammt- oder Theilschuld

des vormaligen zürcherischen Rechtes, beibehalten werden solle, während das schweiz. OR. sie nicht kennt. Die Kommission war aber einstimmig der Ansicht, daß dieses auswärts hin und wieder mißverstandene Rechtsinstitut sehr gute Dienste leiste und daher dessen Beibehaltung in diesen Anwendungen sich rechtfertige.

5. Der alte § 410 enthielt einen zweiten Absatz, welcher dem zahlenden Mitgliede seine Regreßansprüche gegen seine Kollegen vorbehielt. Das ist als überflüssig gestrichen worden. Die Frage des Regresses wird sich nach den Verhältnissen des einzelnen Falles, dem Verschulden des Klägers und dem des Beklagten, richten, im Zweifel aber im Sinne gleicher Antheile an der Schadenersatzsumme zu beantworten sein.

Fünftes Kapitel.

Familienbevogtigung.

§ 819.

[411]. Anstatt der gewohnten obrigkeitlichen Vormundschaft kann eine Familienbevogtigung ausnahmsweise gestattet werden, insofern:

a. besondere Gründe im Interesse der Vögtlinge eine Ausnahme rechtfertigen, und

b. die zur Garantieleistung sich anbietenden Anverwandten (§ 822) derselben, sowie der von ihnen oder dem verstorbenen Vater vorgeschlagene Vogt, mit Rücksicht auf ihre Rechtschaffenheit, Einsicht und Vermögen das unzweifelhafte Zutrauen der Vormundschaftsbehörden verdienen.

1. Es müssen besondere Gründe für diese ausnahmsweise Art der Vormundschaft vorhanden und diese Gründe von dem Interesse des Vögtlings, nicht von dem Umfange des Vermögens (Z. XIV, 436, Nro. 115) hergenommen sein. Als derartige Gründe sind insbesondere zu beachten:

a. das Dasein einer Handlungsgesellschaft, in welcher Vögtlinge neben volljährigen Personen betheiligt sind, und deren Fortsetzung auch für jene zweckmäßig erscheint. Voraus gehört hieher die Kollektivgesellschaft (Z. XIV, 439, Nro. 117, Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1860, p. 106; 1861 p. 10, p. 108; 1862 p. 145; 1863 p. 165 u. s. f., s. U. Nro. 2866) bei weitem weniger die Kommanditen- und Aktiengesellschaft. Die Antheilnahme des Kommanditisten, der mit einer gewissen, festen Summe einsteht, und des Aktionärs, der für den Betrag des Aktienkapitals haftet, ist bei der ganzen Geschäftsführung und Betreibung des Verkehrs nur mittelbar betheiligt, des ersteren durch die Vermittlung des Komplementars (Prinzipals), des letzteren durch die Vermittlung der Direktion. Um so eher wird daher auch die gewohnte obrigkeitliche Obsorge genügen, indem durch dieselbe die freie Bewegung der Geschäfte in der Regel nicht erschwert wird.

b. Auch eine andere dauerhafte Gemeinschaft mit Volljährigen, namentlich in der Betreibung eines landwirthschaftlichen Gutes. (Rechenschaftsbericht des

Reg.-R. 1858, p. 104; 1859 p. 110, 1874, p. 67.) Dieser Grund wird freilich viel seltener eine Familienbevogtigung rechtfertigen, theils weil eine reale Theilung die Interessen des Minderjährigen gewöhnlich weniger bedroht, als die Ausscheidung aus einer vortheilhaften Handelsgesellschaft, theils weil hier die freie Betreibung der Landwirthschaft ihrer Natur nach durch das Bestehen einer obrigkeitlichen Verwaltung nicht so leicht gehemmt wird.

c. Die Möglichkeit für den Vögtling unter Kontrole des Vogtes und der Familie vortheilhafter und freier ein Gewerbe zu betreiben. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1859, p. 110; 1860, p. 106; 1861 p. 108.)

2. Anverwandten. In Ermanglung solcher ist in der Praxis auch etwa Freunden der Familie diese Stellung anvertraut worden.

3. Bei der Revision des Gesetzbuches wurde sowohl in der kantonsräthlichen Kommission als auch im Kantonsrathe selbst die Abschaffung dieses Rechtsinstitutes beantragt, weil es überflüssig sei. Es wurde gesagt, man könne sich auch in Verhältnissen der unter Nro. 1 erwähnten Art mit der ordentlichen Vormundschaft behelfen. Hierauf wurde, namentlich vom Vorstande des Waisenamtes der Stadt Zürich, Baltensperger, erwiedert, daß dies doch nicht immer richtig sei; namentlich in Geschäftssachen könne die Nothwendigkeit, jeweilen an das Waisenamt zu gelangen, störend und mit Nachtheilen verbunden sein; die Familienvormundschaft wirke in solchen Fällen wohlthätig und sei darum beliebt, und ihre Streichung würde die Annahme des Gesetzes in Frage stellen. So fand die Mehrheit der Kommission wie des Rathes, man würde zwar das Rechtsinstitut wohl nicht einführen, wenn man es nicht schon hätte, aber es abzuschaffen, dazu sei nicht genügender Grund vorhanden.

§ 820.

[412]. Das Begehren um eine Familienbevogtigung wird vorerst von dem Waisenamte näher geprüft, die Ansicht eines mündigen Vögtlings (§ 756) und der nächsten Anverwandten eingeholt, mit dem Gutachten des Waisenamtes versehen dem Bezirksrathe und von diesem ebenfalls begutachtet der Direktion der Justiz eingereicht, welche unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath entscheidet.

§ 821.

[413]. Wenn eine Familienbevogtigung gestattet ist, so wird unter Mitwirkung der Familie, eines abgeordneten Mitgliedes und des Schreibers des Bezirksrathes ein Inventar nach Anleitung des § 773 und mit sorgfältiger Berücksichtigung allfälliger Schwankungen in den Werthverhältnissen der betreffenden Vermögensstücke gezogen, von jenen Personen unterzeichnet und dem Bezirksrathe vorgelegt. Wenn dieser das Inventar in Ordnung findet, so ist das Original der Familie zurückzustellen und eine versiegelte Abschrift in dem Archive des Bezirksrathes aufzubewahren.

Den Mitgliedern und dem Schreiber des Bezirksrathes ist, besondere gesetzliche Bestimmungen vorbehalten, Verschwiegenheit mit Rücksicht auf den Inhalt des Inventars zur Pflicht gemacht.

1. Besondere gesetzliche Bestimmungen vorbehalten. Diese Worte sind neu hineingefügt worden, namentlich im Hinblick auf das Gesetz betr. die Vermögens-, Einkommens- und Aktivbürgersteuer vom 24. April 1870 (Off. S. Bd. XV, p. 337) § 38, Abs. 4, welcher lautet: „Wenn ein Fall unvollständiger Versteuerung zur Kenntniß einer Vormundschafts- oder Gerichtsbehörde gelangt, so ist diese verpflichtet, der Finanzdirektion davon rechtzeitige und vollständige Mittheilung zu machen;" ferner § 28, Abs. 3 daselbst: „Wo durch die Waisenbehörden inventarisirt wird, soll das diesfällige Inventar auch für die Steuerbehörden maßgebend sein." Die vom Gesetz verlangte Verschwiegenheit bezieht sich insbesondere auf den kaufmännischen Kredit und Wahrung der kaufmännischen Interessen auch gegenüber allfälligen Konkurrenten.

2. Da gewöhnlich Familienbevogtigungen um des Handels willen gestattet werden, so ist hier häufiger als bei andern Vormundschaften schon in dem Inventar auf die Schwankungen Rücksicht zu nehmen, denen das Handelsvermögen in seinem Werthe ausgesetzt ist. Die Waaren können heute diesen, in wenigen Wochen einen weit geringeren Werth haben und sind nicht sofort zu realisiren. Ausstehende Forderungen können zu einem sehr beträchtlichen Theile höchst ungewiß sein. Werden solche Ungewißheiten nicht beachtet, so ist das Resultat des Inventars selbst ein irriges. Das Inventar muß daher auch darüber das Nöthige bemerken.

§ 822.

[413]. Der von der Familie vorgeschlagene Vormund wird, insofern nicht gegen dessen Persönlichkeit und Tauglichkeit Bedenken walten, von dem Bezirksrathe bestätigt und die Familie angehalten, durch Eingabe eines gehörigen, von wenigstens zwei Anverwandten unterzeichneten Garantiescheines Sicherheit zu leisten. Die garantirenden Anverwandten haften gemeinsam mit dem Vogte dem Bevormundeten für allen Schaden, welcher aus ihrer oder des Vogtes oder gemeinschaftlicher Fahrlässigkeit entstanden ist. Wenn jedoch die Fahrlässigkeit ausschließlich dem Vogte zur Last fällt, so sind die Garanten berechtigt, hinwieder den Vogt auf Rückerstattung zu belangen; im entgegengesetzten Falle, wenn ausschließlich die Garanten den Schaden verschuldet haben, ist der Vogt berechtigt, diese zur Wiedererstattung anzuhalten.

1. Die Verantwortlichkeit der garantirenden Anverwandten und des Vogtes ist zu Gunsten der unter Familienbevogtigung stehenden Kinder verschärft. Sobald Schaden aus Fahrlässigkeit entstanden ist, so haften sie alle gemeinsam für Ersatz, wenn auch die Fahrlässigkeit keine gemeinsame gewesen ist. Jeder einzelne hat daran einen Kopftheil zu vergüten, in dem Sinne jedoch, daß sie alle zusammen das Ganze zu erfüllen haben, somit um der Insolvenz eines Garanten oder des Vormundes willen der Antheil der übrigen wächst. (B. III, 266; Z. XX, 77.)

2. Es ist das eine fernere Anwendung des Begriffs der Gesammtschuld. (Vgl. § 818, 4.) Fällt die Verschuldung ausschließlich Einzlnen zur Last, so mögen dann diese von den Andern hinterher um Wiedererstattung belangt werden. Diese besondere Haft ins Reine zu bringen und die besondere Verschuldung nachzuweisen, ist Sache der Garanten und des Vormundes unter sich. Der Geschädigte Minderjährige soll zum voraus befriedigt und nicht durch zeitraubende und oft schwierige Beweisführung über eine besondere Verschuldung aufgehalten werden. Die Verschärfung dieser Ersatzpflicht der Garanten und des Vormundes rechtfertigt sich durch das von der Familie geforderte besondere Vertrauen und ihr ertheilten Ausnahmsrechte.

§ 823.

[414]. Unter diesen Voraussetzungen treten die garantirenden Anverwandten, so lange die Familienbevogtigung dauert, an die Stelle der Vormundschaftsbehörden, in dem Sinne, daß der Vormund alljährlich ihnen Rechenschaft abzulegen und für wichtigere Geschäfte, soweit nicht demselben weiter gehende Vollmachten ertheilt werden, ihre Zustimmung einzuholen hat.

1. Vermöge dieser Stellung der garantirenden Anverwandten steht die Ertheilung oder Verweigerung einer Prozeßvollmacht für den Vögtling ihnen zu. (B. XVII, 27, Nro. 33.)

2. Anverwandten s. § 819, 2.

§ 824.

[414]. Je das zweite Jahr hat der Vormund auch dem Bezirksrathe die Vermögensrechnung zur Prüfung vorzulegen.

Die Garanten sind verpflichtet, dem Bezirksrathe jeweilen Anzeige zu machen, ob die jährliche Rechnungsstellung erfolgt sei, und haben demselben auch in der Zwischenzeit Bericht zu erstatten, wenn das Vermögen einen erheblichen Verlust erlitten hat. Erfolgen diese Berichterstattungen nicht rechtzeitig, so hat der Bezirksrath dieselben unter Androhung einer Ordnungsbuße auf einen neu zu bestimmenden Termin wieder einzufordern, und wenn auch diese Frist erfolglos bleibt, auf Aufhebung der Familienbevogtigung anzutragen.

1. Der frühere § 414 verlangte außer der jährlichen Anzeige nur einen spätestens alle zwei Jahre zu erstattenden Bericht an den Bezirksrath über den Gang der Vermögensangelegenheiten der Bevogteten, darüber, ob das Vermögen sich vermehrt oder vermindert habe, und im letzteren Falle warum. Da nun in der kantonsräthlichen Diskussion über die Familienbevogtigung u. A. gesagt wurde, daß bei diesen die Steuerbehörden oft Jahre lang von einer Vermehrung des Vermögens keine Mittheilung erhalten, wurde auf den Vorschlag des Vorstandes des stadtzürcherischen Waisenamtes geradezu bestimmt, daß wie bei der ordentlichen Vormundschaft, so auch hier alle zwei Jahre die Rechnung selbst dem Bezirksrathe zur Genehmigung vorzulegen sei.

§ 825.

[415]. Bei Familienbevogtigungen bedarf es der bezirksräthlichen Zustimmung nur bei Veräußerung oder Verpfändung von Liegenschaften, bei Theilungen und Ausrichtungen, bei Erklärungen über Antritt oder Ausschlagung einer Erbschaft, bei Aufgeben oder neuer Uebernahme einer Handlung, Fabrik oder eines Gewerbes, bei Veränderung der Garanten und bei der Bestellung eines neuen Vormundes. Vorbehalten bleiben, mit Rücksicht auf die Befugnisse des Vormundes und der Garanten, die Bestimmungen des § 790.

1. Es sind die Fälle des § 784 lit. c, i, m, n.

§ 826.

[416]. Der Bezirksrath sowohl als die Garanten und der Vögtling selbst sind befugt, sobald die Fortdauer einer Familienbevogtigung als nicht mehr zuträglich erscheint, bei der Direktion der Justiz auf Aufhebung und Umwandlung derselben in eine ordentliche Vormundschaft anzutragen.

§ 827.

[417]. Jede Umwandlung einer Familienbevogtigung in eine ordentliche Vormundschaft ist mit einer genauen Untersuchung der bisherigen Verwaltung und ihres Ergebnisses verbunden.

1. Diese Untersuchung ist zunächst Sache des Waisenamtes, als der erstinstanzlichen Stelle in dem für die staatliche Vormundschaft bestehenden Organismus. Zu diesem Zwecke sind ihm auch die früheren Inventarien und Rechnungen, sowie eine Schlußrechnung vorzulegen, welche zugleich für die Uebergabe an den ordentlichen Vormund dienen soll, und es sind ferner der Familienkurator, sowie die Garanten zu jeder Auskunft verpflichtet. Bis nach beendigter Untersuchung kann die Entlassung der letztern nicht stattfinden; dieß hindert aber nicht, sofort nach beschlossener Umwandlung der Familienbevogtigung in eine ordentliche Vormundschaft den Vormund zu ernennen und in Funktion treten zu lassen. (B. III, 277.)

§ 828.

[418]. Hört die Familienbevogtigung ganz auf, so ist auf den Zeitpunkt des Erlöschens derselben nach Anleitung des § 821 ein zweites Inventar über den Vermögensbestand der Vögtlinge zu ziehen und eine Abschrift desselben im Archive des Bezirksrathes aufzubewahren.

Wird die Familienbevogtigung in eine ordentliche verwandelt, so ist das Vermögen des Bevormundeten nach § 773 durch den Gemeindrath zu inventarisiren.

§ 829.

[419]. Die Entlassung eines unter Familienbevogtigung stehenden Vögtlings bedarf, wie die Entlassung eines anderen Vögtlings, der Mitwirkung der Obervormundschaftsbehörden.

Vgl. §§ 830 u. ff.

Sechstes Kapitel.

Ende der Vormundschaft.

§ 830.

[420]. Die Vormundschaft über Minderjährige hört auf:

a. mit dem Eintritte der Volljährigkeit (Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit Art. 1);

b. durch die Jahrgebung (Art. 2 daselbst und § 832).

1. Art. 1, Abs. 2 des Handlungsfähigkeitsgesetzes lautet:

„Die Volljährigkeit tritt für beide Geschlechter mit dem zurückgelegten 20. Altersjahre oder mit der Verheirathung ein."

2. Art. 2 daselbst heißt:

„Ein Minderjähriger, welcher das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, kann durch die zuständige Amtsstelle für volljährig erklärt werden (Jahrgebung). Die nähern Voraussetzungen und Formen der Jahrgebung bestimmt das kantonale Recht."

3. Der frühere § 420 hatte die Volljährigkeit statt auf das vollendete 20. auf das vollendete 24. Altersjahr gesetzt.

§ 831.

[421]. Wenn der Vögtling das einundzwanzigste Altersjahr angetreten hat, so ist die Vormundschaft wegen Minderjährigkeit von Rechtes wegen unmöglich geworden. Sollten andere Gründe die Fortdauer der Vormundschaft nothwendig machen, so ist in diesen Fällen eine anderweitige Vormundschaft nach den Vorschriften des zweiten Kapitels einzuleiten.

1. Der Antritt des Volljährigkeitsalters, jetzt also des einundzwanzigsten Altersjahres, bewirkt sofort Aufhebung dieser Vormundschaft. Der bisherige Vögtling erscheint somit von diesem Momente an von Rechtes wegen, d. h. ohne daß dazu ein Beschluß einer Behörde nothwendig wäre, als vollkommen handlungsfähig und kann selbst gültig über das noch in vormundschaftlicher Verwaltung zurückgebliebene Vermögen verfügen. Darf ihm demnach diese Freiheit nicht verstattet werden, z. B. weil er blödsinnig oder ein Verschwender ist, so muß, damit nicht in einer Zwischenperiode dennoch volle Handlungsfähigkeit eintrete und die daherige Gefahr für die Verwaltung

des Vermögens entstehe, die Vormundschaftsbehörde zur rechten Zeit diejenigen Maßregeln einleiten, welche nach Anleitung der §§ 737, 738 ff. für diese andere Begründung der Vormundschaft vorzunehmen sind. Die bloße faktische Fortdauer der vormundschaftlichen Verwaltuug bleibt ohne rechtliche Wirkung und gewährt keinerlei Schutz gegen die Folgen nachtheiliger Handlungen, die der gewesene Vögtling vorgenommen hat. (M. XII, 241; B. VIII, 253, Nro. 10.)

§ 832.

[422]. Das Begehren um Jahrgebung ist dem Waisenamte einzureichen, welches den Fall vorläufig prüft und das Gesuch mit seinem Berichte an den Bezirksrath überweist. Wenn der Bezirksrath das Begehren nach erneuter Prüfung für zulässig hält, so übermacht er dasselbe mit seinem Gutachten der Direktion der Justiz, welche von sich aus über das Gesuch entscheidet.

1. Vgl. § 830, 2, § 679. Vor dem 21. Juni 1841 war die Jahrgebung nur auf Söhne, nicht auch auf Töchter anwendbar.

2. Wenn der Bezirksrath die Jahrgebung für nicht am Platze hält, so hat er das Begehren von sich aus zu erledigen. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1858, p. 104.)

3. Der frühere § 422 hatte in den einen Fällen der Justizdirektion, in den andern dem ganzen Regierungsrathe die Entscheidung zugewiesen. Allein die Kommission fand, da jetzt nach eidgen. Recht erst nach zurückgelegtem 18. Altersjahre die Jahrgebung in Frage kommen könne, mit dem zurückgekegten 20. aber die Volljährigkeit von selbst eintrete, so sei kein genügender Grund mehr vorhanden, für die Jahrgebung zwei verschiedene Behörden für kompetent zu erklären, je nachdem etwa der Minderjährige das 19. oder das 20. Altersjahr angetreten habe.

§ 833.

[423]. Die Prüfung bezieht sich theils auf die in den äußeren Umständen liegende Zweckmäßigkeit, theils vornehmlich auf die Tauglichkeit und Fähigkeit des bisherigen Vögtlings, sein Vermögen gehörig zu verwalten und seine Angelegenheiten in Zukunft würdig und mit Vortheil zu besorgen. Zu diesem Ende sind die Zeugnisse des Vormundes, der nächsten anwesenden Verwandten, des gewesenen Vorgesetzten (z. B. Meisters, Handelsherrn, Lehrers) sorgfältig zu beachten.

1. Zufolge einer Anweisung des vormaligen Rathes des Innern hat das Waisenamt insbesondere auch darüber zu berichten, ob diejenigen Anverwandten, welche das Gesuch des Vögtlings befürworten, auch wirklich die nächsten anwesenden Anverwandten seien. (B. XVI, 315, Nro. 33.)

2. Grund ist z. B. Eintritt des Minderjährigen in eine Handelsgesellschaft; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1861, p. 108. Abweisungen s. U. 2870, 2871.

3. Dem Gesuche soll ein Inventar beigelegt werden. Amtsblatt 1880, Nro. 194, p. 413.

§ 834.

[424]. Die Vormundschaft wegen Verschwendung hört auf, wenn der Bevogtete während eines Zeitraumes von wenigstens zwei Jahren sich gut betragen hat und hinreichende Gründe vorhanden sind, um anzunehmen, daß derselbe sich gebessert habe und im Stande sei, seinem Vermögen selbst in Zukunft würdig vorzustehen. Solche Beschlüsse werden nach vorheriger genauer Prüfung des Falles und auf die Berichterstattung des Vormundes und des Waisenamtes von dem Bezirksrathe gefaßt, mit Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath. Die Entlassung eines solchen Bevormundeten aus der Vormundschaft ist durch den Bezirksrath öffentlich bekannt zu machen.

1. Rekurs s. § 839.

§ 835.

[425]. Die Vormundschaft über die zu Zuchthausstrafe verurtheilten Sträflinge hört mit dem Ablaufe der Strafzeit auf.

1. Ablauf der Strafzeit. Der alte § 425 sagte „wenn die Strafe aufgehoben wird," und Bluntschli bemerkte dazu: „also auch wenn die Strafzeit durch Erlaß eines Theiles der Strafe abgekürzt wird." Die Redaktionskommission hat die Fassung geändert, nicht um damit am Sinne des Paragraphen etwas zu ändern, sondern um anzudeuten, daß bei der bedingten Entlassung nicht schon mit der Entlassung selbst die Vormundschaft aufhöre.

§ 836.

[426]. Die Vormundschaft wegen Geisteskrankheit oder Leibesgebrechen hört auf, wenn der Vögtling soweit hergestellt ist, daß ihm die Besorgung seiner eigenen Angelegenheiten zutrauensvoll wieder überlassen werden kann. Die Entlassung geschieht nach vorheriger Einziehung eines Zeugnisses des Bezirksarztes mit Zuziehung des behandelnden Arztes durch den Bezirksrath, mit Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrath.

1. Die Herstellung muß als eine dauerhafte erscheinen, damit sie eine Entlassung aus der Vormundschaft begründe. Erst durch diese und nicht schon durch die faktische Heilung, wird die Vormundschaft aufgehoben.

2. Bezirksarzt s. § 737, 1. — Rekurs s. § 839.

§ 837.

[427]. Die Vormundschaft eines Vögtlings, der sich freiwillig derselben unterworfen hat, hört auf, wenn keinerlei Gründe mehr vorhanden

sind, um dieselbe fortdauern zu lassen, auf Beschluß des Bezirksrathes unter Rekurs an den Regierungsrath.

1. Hat einer einmal sich freiwillig unter Vormundschaft begeben, so hängt es nun nicht mehr von seinem Willen allein oder auch nur vornehmlich ab, ob er unter derselben verbleibe oder sich ihr wieder entziehe. Nur wenn die Vormundschaftsbehörden die Ueberzeugung erhalten, daß er nunmehr vollkommen im Stande sei, für sein Vermögen selbst zu sorgen und demselben würdig vorzustehen, werden sie dadurch bestimmt, ihn der Vormundschaft zu entlassen. Der Beschluß der Vormundschaftsbehörden kann nicht an die Gerichte gezogen werden. (B. XVI, 426.)

2. Rekurs s. § 839.

§ 838.

[428]. Für das Aufhören beziehungsweise die Unterbrechung der Vormundschaft über die Ehefrau und die minderjährigen Kinder eines in Konkurs Gerathenen sind die Vorschriften der §§ 613 und 681 maßgebend.

1. Der Tod des Mannes oder die Scheidung hebt in diesem Falle die über die Frau bestehende Vormundschaft sofort von selbst und ohne daß es einer Entlassung durch die Waisenbehörde bedürfte, auf. (M. XI, 159 und 396.)

§ 839.

[429]. Das in den §§ 834, 836 und 837 erwähnte Recht des Rekurses gegen die verfügte Entlassung eines Bevormundeten steht dem Vögtling selbst, seinen Anverwandten, seinem Vogte und dem Waisenamte zu. Wird ein Rekurs innerhalb vierzehn Tagen seit der Mittheilung des Beschlusses an den Vögtling nicht bei dem Bezirksrathe angemeldet, so geht der Beschluß desselben in Wirksamkeit über und ist von da an die Handlungsfähigkeit des Bevormundeten wieder hergestellt. Im entgegengesetzten Falle wird dieselbe erst von dem Zeitpunkte der Erledigung des Rekurses an gerechnet.

§ 840.

[430]. Nach beendigter Vormundschaft wird dem vormaligen Vögtlinge das unter vormundschaftlicher Verwaltung gestandene Vermögen gegen Empfangschein übergeben und ihm zugleich Einsicht in die Inventare und Rechnungen, sowie die Befugniß, Abschriften zu nehmen, gestattet.

Die Vogtrechnungen und die dazu gehörigen Belege hat der Vormund dem gewesenen Vögtling gegen einen Generalempfangschein auszuliefern, wenn er von seiner Verantwortlichkeit vollständig entlastet sein wird (§§ 842, 843 und 845). Bezieht sich die vormundschaftliche Ver-

waltung auf mehrere in einer Gemeinschaft stehende Vögtlinge zugleich, so tritt diese Verpflichtung des Vormundes erst ein, nachdem derselbe gegenüber allen entlastet sein wird.

1. Hört die Vormundschaft auf, so ist der gewesene Vögtling nun zu eigener Verwaltung berechtigt, und sowohl die Vormundschaftsbehörde als der Vogt verpflichtet, das in ihrem Gewahrsam (Gewere) befindliche Vermögen desselben an ihn herauszugeben. Es gilt das auch dann, wenn noch minderjährige Geschwister eines volljährig gewordenen Sohnes unter der Vormundschaft zurückbleiben, mit Bezug auf den Antheil dieses Sohnes an der gemeinsamen Erbschaft. Nur wird in diesem Falle aus andern Gründen oft eine reale Ausscheidung und Theilung nicht eintreten, sei es, weil die sämmtlichen Geschwister — der volljährige Sohn inbegriffen — die gemeinsame Wirthschaft fortführen wollen, sei es, weil etwa die Rechte der Mutter an der Verlassenschaft einer solchen im Wege stehen. Unter derartigen Voraussetzungen ist es wohl möglich, daß auch der Antheil des Volljährigen an der Erbschaft noch bei der Vormundschaftsbehörde zurückbleibt; aber auch dannzumal muß der Volljährige nun als selbstständiger Mitbesitzer gedacht und geachtet werden, und hat bei allfälligen Rechnungsabnahmen seine unabhängige Stimme abzugeben.

2. Die Vogtrechnungen und Belege gehören mit zu dem Vermögen, auf welches sie sich beziehen, müssen somit dem gewesenen Vögtling als Eigenthümer dieses Vermögens zukommen. Auf der andern Seite sind sie aber dem Vogte, als gewesenem Verwalter des Vermögens, unentbehrlich zum Ausweis über seine Verwaltung. Er kann daher auch nicht zu der Herausgabe angehalten werden, bevor er seiner Verantwortlichkeit vollständig entlastet ist. Dagegen muß er deren Einsicht dem gewesenen Vögtling zum Behuf der Prüfung der vormundschaftlichen Verwaltung gestatten. (B. XVI, 315, Nro. 34.)

3. Dieser Anspruch des gewesenen Vögtlings auf Herausgabe seines Vermögens ist abgesehen von den ihm zustehenden dinglichen Rechten ein obligatorischer und unterliegt also der zehnjährigen Verjährung des Art. 146 des schweiz. OR. (HB. VI, 360, Erw. 5.)

§ 841.

[431]. Die Schlußrechnung ist in der Regel innerhalb sechs Wochen von dem Aufhören der Vormundschaft an gerechnet zu stellen.

In Fällen, wo wegen Mangels an Vermögen keine Schlußrechnung zu stellen ist, soll dem gewesenen Vögtling der an den Bezirksrath gerichtete Schlußbericht mitgetheilt werden.

§ 842.

[432]. Der gewesene Vögtling ist verpflichtet, binnen Jahresfrist, von der abschriftlichen Mittheilung der Schlußrechnung beziehungsweise des Schlußberichtes (§ 841) an gerechnet, entweder die vormundschaftliche Verwaltung gutzuheißen und sowohl den Vormund als die Mitglieder der Vormundschaftsbehörden, sowie die Familiengaranten ihrer Verantwortlichkeit zu entschlagen, oder seine Ausstellungen geltend zu machen.

Eine Befreiung des Vormundes von seiner Haftpflicht vor Abnahme der Schlußrechnung ist ungültig.

1. Abschriftliche Mittheilung der Schlußrechnung. Die bloß mündliche Mittheilung vor Waisenamt genügt nicht, vielmehr soll dem Vögtling durch Zustellung einer Abschrift Gelegenheit zu genauerer Prüfung verschafft werden.

2. Binnen Jahresfrist soll der gewesene Vögtling nun die Rechnungen prüfen und sich die nöthige Aufklärung über die Verwaltung seines Vermögens verschaffen, binnen Jahresfrist auch entweder die vormundschaftliche Verwaltung definitiv gutheißen und den Vormund und die Behörde ihrer Verantwortlichkeit entledigen oder seine Ausstellungen geltend machen. Hat er das Erstere gethan, so kann er das Letztere nicht mehr, den in § 844 enthaltenen Fall ausgenommen. Die Einreichung von Ausstellungen gegen den Einen der Fehlbaren, z. B. gegen den Vormund, reicht nicht hin, um sich das Recht auf Schadenersatz auch gegen den andern Fehlbaren, das Waisenamt rc., zu sichern; die Jahresfrist muß gegen Beide inne gehalten werden. (Z. XII, 113, Nro. 37.) Diese Frist bezieht sich jedoch nicht auf Fehler, welche die Behörde selbst im Rechnungsabschiede gerügt hat, vielmehr kann hinsichtlich solcher die Klage gegen den Vormund bis zum Ablauf der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist (Schweiz. OR. Art. 146) angestellt werden. (B. XIV, 441, Nro. 96; Z. I, 189, Nro. 38; HB. VI, 359, Erw. 4.)

3. Die nämliche Frist und Androhung, wie dem Vögtling, gilt auch den Erben desselben (vgl. § 846). Sind aber diese Erben selbst unter Vormundschaft, wie dann? Würde man hier die Verjährung erst von dem Zeitpunkte an rechnen, wenn diese hinwieder die Volljährigkeit erlangt haben, so würden dadurch nicht allein ganz verschiedene Fristen neben einander herlaufen, z. B. je nach dem Alter mehrerer minderjährigen Geschwister als Erben, und die Berechnung und Wirkung sich künstlich spalten, sondern unter Umständen auch die Rechtsunsicherheit zum Nachtheile des gewesenen Vormundes ins Weite ausgesponnen. Für die minderjährigen Erben hat hinwieder die Vormundschaft zu wachen und zu sorgen, mithin auch jene Frist einzuhalten. Versäumt sie es aus böser Absicht oder aus Fahrlässigkeit, die Rechte dieser Erben zur rechten Zeit geltend zu machen, so wird deßhalb die Forderung nicht hergestellt, so wenig als wenn eine Konkurseingabe versäumt würde; wohl aber entsteht gegen sie eine Schadenersatzforderung zu Gunsten jener Erben.

4. Es kann auch beim bloßen Wechsel des Vormundes, also bei fortdauernder Vormundschaft die Geschäftsführung des abgetretenen Vormundes zum Gegenstand einer gerichtlichen Klage oder Einrede gemacht werden. (OG. 1875, 107, Nro. 17.)

5. Dieser Paragraph ist gegenüber der sehr weit gehenden Verantwortlichkeit des Vormundes und der Mitglieder der Vormundschaftsbehörden (§§ 763, 816—818) im Interesse dieser Personen aufgestellt worden, damit dieselben nicht längere Zeit im Ungewissen bleiben, ob sie eine Ersatzklage zu gewärtigen haben oder nicht. (OG. 1884, Nro. 132.)

6. Es besteht keine Vermuthung dafür, daß die Mittheilung der Schlußrechnung an den Vögtling geschehen sei; der Beginn dieser Jahresfrist muß daher auch nach Ablauf von zehn Jahren noch bewiesen werden. (OG. 1877, Nro. 47; HB. VI, 360, Erw. 4.)

7. Ausnahmen hievon s. § 844.

8. Abs. 2 ist neu. Das Kassationsgericht hatte in einem Falle dieser Art ausgesprochen: „Die Frist erklärt sich daraus, daß in den meisten Fällen dem gewesenen Vögtling oder seinen Vertretern vorher nicht möglich ist, die vormundschaftliche Verwaltung allseitig zu prüfen. Aus diesem Grunde kann er auch, falls man ihm zumuthen wollte, vor Empfang der Schlußrechnung eine verbindliche Erklärung betreffend Gutheißung der vormundschaftlichen Verwaltung abzugeben, dieses durchaus ablehnen. Aber daß, wenn er, sei es, weil er mit dem Gange der vormundschaftlichen Verwaltung schon vor Empfang der Schlußrechnung vertraut war, oder weil er zur Redlichkeit und Sorgfalt seines Vormundes unbedingtes Zutrauen hat, schon vor Kenntnißnahme der Schlußrechnung dem Vormunde oder der Vormundschaftsbehörde eine sie ganz oder theilweise befreiende Erklärung ausstellt, diese Erklärung ungültig sei, obschon der gewesene Vögtling sie als handlungsfähig und in voller Willensfreiheit abgegeben habe, ist weder in den Paragraphen 842 und 843 ausdrücklich ausgesprochen, noch kann gesagt werden, daß aus Sinn und Geist derselben eine solche Ungültigkeit als vom Gesetzgeber gewollt zu folgern sei. Wenn sich ein Vormund oder eine Vormundschaftsbehörde von einem kaum erst volljährig gewordenen Vögling einen Verzicht auf Ersatzansprüche zu verschaffen weiß, bevor derselbe Gelegenheit gehabt hat, die Verhältnisse allseitig zu prüfen, so liegt allerdings der Verdacht nahe, daß eine solche Erklärung aus unlautern Beweggründen und mit verwerflichen Mitteln erworben worden sei, und die Gerichte würden wohl in derartigen Fällen leicht auch ohne strengen Nachweis eines verübten Verbrechens dazu kommen, derartigen Erklärungen keine Bedeutung beizulegen.“ Die Kommission hielt diese Gründe für hinreichend, um eine solche anticipirte Liberirung geradezu für ungültig zu erklären. Dabei ist es gleichgültig, ob eine besondere Schlußrechnung gestellt, oder etwa eine kurz vor Ende der Vormundschaft gestellte Rechnung als Schlußrechnung erklärt wird: eine vor dem Ende der Vormundschaft und der Mittheilung der von den Waisenbehörden geprüften Rechnung abgegebene Erklärung des Vögtlings ist immer wirkungslos.

§ 843.

[433]. Wird eine aus der Vormundschaft herrührende **Forderung auf Schadenersatz** nicht innerhalb der nämlichen Jahresfrist (§ 842) bei der Direktion der Justiz anhängig gemacht, so erlöscht dieselbe in der Regel.

Von den Bestimmungen dieses und des vorhergehenden Paragraphen ist dem gewesenen Vögtling bei der Mittheilung der Schlußrechnung, beziehungsweise des Schlußberichtes (§ 841), schriftlich Kenntniß zu geben.

1. Vgl. § 842, 2. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf den Fall der beendigten Vormundschaft und nicht auf einen bloßen Wechsel in der Person des Vormundes. (Z. I, 188, Nro. 36 und 37; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1880, p. 266.)

2. In der Regel. Ausnahmen s. § 844. Restitution gegen den Ablauf einer Frist wird nach § 207 des Prozeßgesetzes wider den Willen der Gegenpartei nur dann ertheilt, wenn der Partei oder ihrem Stellvertreter mit Bezug auf die Versäumniß keine Nachlässigkeit zur Last fällt. Ein Rechtsirrthum genügt nicht für die Restitution. (Z. XII, 116, Nro. 38.)

3. Der Streit über einen Anspruch des Vormundes gegen den gewesenen Vögtling für Kostgeld, Mühwalt u. s. w. gehört nicht unter diesen Paragraphen, sondern

ist dem Anspruche jedes Dritten gleich zu behandeln. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1874, p. 68.)

§ 844.

[434]. Ausgenommen von dieser Verjährung (§§ 842 und 843) sind diejenigen Fälle, in welchen der Schaden entweder durch böswillige Absicht des Vogtes, eines Familiengaranten oder der Mitglieder einer Vormundschaftsbehörde veranlaßt wurde oder erst nach dem Zeitpunkte des Aufhörens der Vormundschaft entdeckt werden konnte. Im letzteren Falle läuft die Verjährungsfrist erst von dem Zeitpunkte an, in welchem zuerst die Entdeckung des Schadens möglich war.

1. Also wenn der Schaden durch ein unsolides Geldplacement herbeigeführt worden ist, von dem Momente an, in welchem der gewesene Vögtling in der Lage sich befunden hat, die Unsicherheit des betreffenden Werthtitels kennen zu lernen. (Z. XX, 92, Erw. 5 und 6.)

2. Vgl. § 845, 1.

§ 845.

[435]. Der gewesene Vögtling ist verpflichtet, bevor er gegen den gewesenen Vogt oder die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde den Rechtsweg einschlägt, seine Ausstellungen der Direktion der Justiz genau zu eröffnen. In einem solchen Falle wird die Direktion der Justiz eine Prüfung anordnen und allfällige Mißverständnisse und Irrungen zu heben suchen. Befriedigen sich die Betheiligten nicht mit dem Resultate dieser Prüfung, so steht ihnen dannzumal die Erledigung des Streites auf dem gewohnten Wege Rechtens offen, in der Meinung jedoch, daß eine diesfällige Klage innerhalb sechs Wochen von der Mittheilung des Beschlusses an gerechnet bei dem kompetenten Gerichte anhängig gemacht werden muß.

1. Der Paragraph ist in der Referendumsausgabe angestrichen; er ist aber inhaltlich nicht geändert worden; es wurden nur in der zweitletzten Zeile die Worte eingeschoben „von der Mittheilung des Beschlusses an gerechnet", in Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis (Z. I, 187, Nro. 35). Es hätten vielleicht in Zeile 2 auch die Worte „einen Familiengaranten" eingeschoben werden sollen, weil dies in § 844 geschehen ist; indessen ist gewiß auch so kein Zweifel möglich, daß sich der Paragraph auch auf eine Klage gegen einen Familiengaranten bezieht.

2. Diese Bestimmung bezieht sich auf alle aus Vormundschaft entstehenden Klagen, welche direkt gegen den gewesenen Vormund geführt werden, also nicht bloß auf Schadenersatzansprüche; dagegen findet sie keine Anwendung auf Fälle, wo solche Ansprüche im Konkurse des Vormundes zum Streit erwachsen, (B. XIV, 389, Nro. 10; XV, 227; Z. I, 186, Nro. 34), noch auf anderweitige Klagen zwischen dem Vormund und dem gewesenen Vögtling (§ 843, 3. B. X, 121, Nro. 11). Sie hat zum Zwecke, unnöthige Prozesse möglichst zu hindern, auf einfachere und freundlichere Weise sowohl Irrung und Mißverständnisse zu heben, als allfällige Verschuldung und die angemessene

Entschädigung auszumitteln, soweit dieß ohne ein weitläufiges Beweisverfahren möglich ist. (B. XVI, 316, Nro. 35.) Indessen wird dadurch weder dem gewesenen Vögtling, noch dem belangten Vormunde oder den Mitgliedern der Vormundschaftsbehörde der Rechtsweg abgeschnitten. (B. XVII, 28, Nro. 34.) Können sie sich unter der Mitwirkung der Direktion der Justiz nicht friedlich ausgleichen, so bleibt ihnen unbenommen, ihre Rechte gerichtlich durchzufechten. Inwiefern Erklärungen und Zugeständnisse, welche vor dieser Behörde abgegeben worden sind, in dem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren Bedeutung haben, hängt davon ab, in welcher Absicht dieselben erfolgt seien. (Z. II, 360, Nro. 46.)

3. Die Justizdirektion hat eine solche Klage deßwegen nicht an Hand genommen, „weil der Kläger nur Cessionar eines gewesenen Vögtlings war, und nicht dafür erachtet wurde, daß in diesem Falle auch die rein persönlichen Privilegien des Cedenten, welche ihn zur Einreichung einer Klage zum Zwecke eines von der Direktion zu machenden Sühnversuches berechtigen würden, auf den Cessionar übergegangen seien". (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1875, p. 342.) Die Entscheidung scheint mir bedenklich; es handelt sich ja eben so gut um ein Privilegium des Beklagten wie des Klägers. (Vgl. § 846, 1.)

4. Genau eröffnen. Eine Präclusion mit vor der Justizdirektion nicht vorgebrachten Behauptungen, Einwendungen oder Beweismitteln ist nicht angedroht. Indessen wird eine solche Unterlassung immerhin, wenn sie auf bösem Willen oder Nachlässigkeit beruht, bei der Frage der Auflegung von Gerichtskosten und Prozeßentschädigung in Berücksichtigung fallen. (Nicht ganz zutreffend scheint mir daher in der Begründung OG. 1875, Nro. 125).

§ 846.

[436]. Die Bestimmungen der §§ 841 bis 845 finden auch dann Anwendung, wenn nicht dem vormaligen Vögtlinge selbst, sondern seinen Erben oder anderen Vertretern desselben, z. B. dem Ehemanne, das Vermögen zu übergeben und Rechnung abzulegen ist.

1. Das gilt auch für den Cessionar des gewesenen Vögtlings. (Z. XX, 91. Vgl. § 845, 3.)

§ 847.

[437]. Die Vormundschaft für einen unbekannt wo Abwesenden hört auf:

a. wenn der Abwesende wieder erscheint und entweder selbst die Verwaltung seines Vermögens übernimmt oder dieselbe einem Bevollmächtigten übergibt;

b. mit dem Zeitpunkte der Todeserklärung des Verschollenen.

1. Zu b. Bis zum Momente der Todeserklärung eines Verschollenen steht den Erben, sofern sie nicht im Stande sind, den Beweis zu leisten, daß der Abwesende gestorben sei, über das Vermögen desselben, abgesehen von dem Rechte auf den Zinsgenuß (§§ 912 ff.) keinerlei Befugniß zu. (Z. XVII, 165, Erw. 5; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1872, p. 57, lit. e.)

2. Todeserklärung s. §§ 14, 15.

§ 848.

[438]. Die aus der Vormundschaft herrührenden Forderungen des Vögtlings an den Vormund, die Mitglieder der Vormundschaftsbehörden, den Familienvogt und dessen Garanten genießen im Konkurse der bezeichneten Personen ein Vorzugsrecht nach Maßgabe der konkursrechtlichen Vorschriften.

1. Vgl. §§ 677, 1, 1096, lit. a.

2. Die Veränderung der rechtlichen Natur der Schuld im Wege der Novation, z. B. die Umwandlung einer aus vormundschaftlicher Verwaltung entstandenen Schuld des Vormundes in ein Darlehen, hat den Verlust dieses Vorzugsrechtes zur Folge. (Z. VI, 295.) Einer solchen Umänderung steht jedoch die Verzinsung des Rechnungssaldo durch den Vormund und die Sicherung desselben durch Bürgschaft nicht gleich. (Z. XVII, 26.) Ebenso nicht der Umstand, daß der Vögtling sich für sein Guthaben an den Vormund einen Wechsel hat geben lassen. (Z. XXIII, 160, Nro. 53.)

3. Dieses Vorzugsrecht findet seine Anwendung nicht nur dann, wenn der Vormund während des Bestehens seiner vormundschaftlichen Verwaltung in Konkurs geräth, sondern dauert auch nach Beendigung der letztern, resp. nach der Entlassung des gewesenen und der Bestellung eines neuen Vormundes noch so lange Zeit fort, als der Vögtling beziehungsweise dessen neu bestellter Vormund, nöthig hat, um nach gehöriger Prüfung der Vogtrechnung und mit Beobachtung der gesetzlichen Fristen und Formen, sowie allfälliger Pietätsrücksichten, die Herausgabe des Vermögens erwirken zu können. (B. XIX, 166 ff.; Z. I, 314, Erw. 3; IV, 223, Nro. 78.)

4. Das frühere privatr. GB. enthielt hier als letzten Theil des Familienrechtes noch einen weiteren Abschnitt, betitelt, „Von dem Dienstbotenverhältniß", §§ 439—473. Bluntschli bemerkte dazu: „Das Dienstbotenverhältniß ist insofern ein vertragsmäßiges, als dasselbe aus freier Willensübereinkunft entsteht und ebenso freiwillig wieder gelöst werden kann. Es erzeugt auch Forderungen und Schulden. Dessenungeachtet schien es zweckmäßig, die familienrechtliche Seite desselben schon durch die Anordnung hervorzuheben, daß hier im Familien-, nicht im Obligationenrecht davon gehandelt wird. Der Gesichtspunkt der Dienstmiethe ist ungenügend, indem von da aus nur die rein vermögensrechtliche Seite, die wechselseitigen Leistungen von ökonomischem Werthe, aber nicht die persönliche Unterordnung, Treue und Sorge begriffen wird, welche das Verhältniß zu der Würde eines Familienverhältnisses erheben. Unsere Zeit leidet an dem Fehler, daß sie zu sehr nur das kalte egoistische Geldinteresse und zu wenig die sittlichen und organischen Beziehungen der Herrschaft und der Dienstboten zu einander beachtet. Das Gesetz aber soll jenem Mißverhältniß keine Unterstützung gewähren, sondern vielmehr die für beide Theile würdigere und heilsamere Auffassung wieder stärken."

Die Entwürfe zum schweiz. OR. und noch die nationalräthliche Kommission für Berathung dieses Gesetzes hatten aus diesen Gründen das Dienstbotenverhältniß dem kantonalen Rechte vorbehalten; der Ständerath aber lehnte den Vorbehalt ab und er wurde dann nicht in das Gesetz aufgenommen (s. Schneider, Kommentar zum schweiz. OR. Art. 349, 1.) Das Dienstbotenverhältniß fällt also nunmehr unter die Bestimmungen des schweiz. OR.s über den Dienstvertrag Art. 338—349. In Folge dessen erklärte die zürcherische Expertenkommission, es seien von den obgenannten Para-

graphen des zürcherischen privatr. GB. nur noch die §§ 444, 446, 461, und zum Theil 449 und 473 in Kraft. Es würde sich nun jedenfalls nicht gerechtfertigt haben, diese Paragraphen im Familienrechte stehen zu lassen, da das Dienstverhältniß im Wesentlichen nicht mehr als ein familienrechtliches aufzufassen ist; ferner enthalten die §§ 449 und 473 polizeiliche Bestimmungen, die nur im Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Gesindeordnung eine Existenzberechtigung im privatr. GB. hatten; § 444 handelte vom Dingpfennig, über welchen nun Art. 178 OR. bestimmt, die §§ 446 und 461 behandelten die Kündigung des Vertrages, worüber nun auf die Art. 342 und 343 OR. verwiesen werden kann. So hat schon der Redaktor des neuen Entwurfes es vorgezogen, den Abschnitt zu streichen, und das ist allseitig angenommen worden.

Anhang.

Auszug

aus dem

Bundesgesetz betreffend den Civilstand und die Ehe.

(Vom 24. Dezember 1874.)

Eidg. Amtl. S. N. F. Bd. I p. 506.

Art. 45. Wenn beide Ehegatten die Scheidung verlangen, so wird das Gericht dieselbe aussprechen, sofern sich aus den Verhältnissen ergibt, daß ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.

Art. 46. Auf Begehren eines der Ehegatten muß die Ehe getrennt werden:

a. wegen Ehebruchs, sofern nicht mehr als 6 Monate verflossen sind, seitdem der beleidigte Theil davon Kenntniß erhielt;

b. wegen Nachstellung nach dem Leben, schwerer Mißhandlungen oder tiefer Ehrenkränkungen;

c. wegen Verurtheilung zu einer entehrenden Strafe;

d. wegen böswilliger Verlassung, wenn diese schon zwei Jahre angedauert hat und eine richterliche Aufforderung zur Rückkehr binnen sechs Monaten erfolglos geblieben ist;

e. wegen Geisteskrankheit, wenn diese bereits drei Jahre angedauert hat und als unheilbar erklärt wird.

Art. 47. Wenn keiner der genannten Scheidungsgründe vorliegt, aber gleichwohl das eheliche Verhältniß als tief zerrüttet erscheint, so kann das Gericht auf gänzliche Scheidung oder auf Scheidung von Tisch und Bett erkennen. Die letztere darf nicht auf länger als zwei Jahre ausgesprochen werden. Findet während dieses Zeitraumes eine Wiedervereinigung nicht statt, so kann die Klage auf gänzliche Ehescheidung erneuert werden und es erkennt alsdann das Gericht nach freiem Ermessen.

Art. 48. Bei gänzlicher Scheidung wegen eines bestimmten Grundes darf der schuldige Ehegatte vor Ablauf eines Jahres nach der Scheidung kein neues Ehebündniß eingehen.

Diese Frist kann durch das richterliche Urtheil selbst bis auf drei Jahre erstreckt werden.

Eine Ehe, welche ohne die freie Einwilligung, beider oder eines der Ehegatten durch Zwang, Betrug oder durch einen Irrthum in der Person zu Stande gekommen ist, kann auf Klage des verletzten Theiles ungiltig erklärt werden. Die Nichtigkeitsklage ist jedoch nicht mehr annehmbar, wenn seit dem Zeitpunkt, in welchem der betreffende Ehegatte seine völlige Freiheit erlangt oder den Irrthum erkannt hat, mehr als drei Monate verstrichen sind.

Art. 52. Eine Ehe, die zwischen Brautleuten abgeschlossen worden ist, welche beide oder von denen der eine Theil das im Art. 27 vorgeschriebene Mündigkeitsalter noch nicht erreicht hatten, kann auf Klage des Vaters oder der Mutter oder des Vormundes nichtig erklärt werden.

Die Nichtigkeitsklage ist indessen nicht mehr annehmbar:

a. wenn die Ehegatten das gesetzliche Alter erreicht haben;
b. wenn die Frau schwanger geworden ist;
c. wenn der Vater oder die Mutter oder der Vormund ihre Einwilligung für die Heirat gegeben hatten.

Art. 53. Auf Nichtigkeit einer Ehe, welche ohne Einwilligung der Eltern oder Vormünder (Art. 27, Alinea 2) und ohne vorangegangene gehörige Verkündung eingegangen worden ist, kann nur von denjenigen, deren Einwilligung erforderlich gewesen wäre, und nur bis zu dem Zeitpunkte geklagt werden, in welchem die Eheleute das gesetzliche Alter erreicht haben.

Art. 54. Eine im Ausland unter der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe wird nur dann als ungiltig erklärt, wenn die dagegen erhobene Nichtigkeitsklage sowohl nach der Gesetzgebung, unter welcher die Ehe abgeschlossen wurde, als nach dem gegenwärtigen Gesetze begründet ist.

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Erster Abschnitt.

Von der gesetzlichen Erbfolge.

Erstes Kapitel.

Gesetzliche Erbfolge der Verwandten.

A. Erbfolge der Nachkommen.

§ 849.

[1893]. Die nächsten Erben des Verstorbenen sind dessen hinterlassene eheliche Kinder, oder, wenn solche vor ihm verstorben sind, die ehelichen Enkel und hinwieder deren eheliche Nachkommen.

1. Der Berathung des Erbrechtes wurde der in verschiedenen Punkten vom bisherigen Gesetze abweichende Entwurf vom Jahre 1878 zu Grunde gelegt, vgl. Vorwort p. 15. Es wird derselbe im Folgenden da, wo er für das neue Gesetz maßgebend geworden ist, mit der Bezeichnung „Entw. 1878" zitirt werden.

2. Bluntschli berichtet über die Art, wie im Jahre 1855 das neue zürcherische Erbrecht zu Stande gekommen sei, folgendes:

„Die Bearbeitung und Festsetzung des Erbrechtes hatte ihre eigenthümlichen und erhöhten Schwierigkeiten. Während nämlich das übrige Privatrecht sich im Ganzen gleichmäßig und zeitgemäß entwickelt hatte, bestanden von alter Zeit her im Kanton eine Reihe verschiedenartiger Statuten über das Erbrecht. Es mußte daher voraus die Frage beantwortet werden, soll die bunte Mannigfaltigkeit dieser statutarischen, nur in einzelnen Theilen des Kantons geltenden Erbrechte forterhalten oder aufgehoben und durch ein gemeinsames Erbrecht ersetzt werden? Die Kommission entschied sich aus folgenden Gründen für die Einführung eines gemeinsamen Erbrechts:

a. Jene Statuten erklären sich aus der mittelalterlichen Autonomie der einzelnen Städte und Herrschaften, aus denen der gegenwärtige Kanton zusammengesetzt ist, und beruhen somit auf einer seit mehreren Generationen aufgelösten Eintheilung des Gebiets und einer längst untergegangenen Verfassung. Die alten besonderen Herrschaften haben aufgehört und sind durch eine einheitliche Eintheilung des Kantons in Bezirke und Gemeinden auseinander gerissen und anders verbunden worden. Es gibt keine Grafschaft Kyburg, keine Herrschaften Grüningen, Regensberg, Wülflingen, Wädenschwyl,

Weiningen u. s. f. mehr. Auch die Städte Zürich, Winterthur, Bülach, Eglisau, Rheinau sind in allen übrigen Beziehungen dem gemeinen Landesrecht unterworfen worden. Die gesetzgeberischen Organe jener Herrschaften und Städte sind längst untergegangen und durch den einheitlichen Großen Rath des Kantons ersetzt worden. Sie haben auch keine besondere Rechtspflege mehr. An ihrer Stelle sind die gemeinsamen Bezirksgerichte und das Obergericht eingetreten. Aufrechterhaltnng der alten Statutarrechte wäre daher ein Widerspruch mit der einheitlichen Verfassung des Kantons und ihre Fortbildung ohne ein dazu berufenes und geeignetes Organ unmöglich.

b. Die Verschiedenheit jener Statuten beruht auch keineswegs auf einer wirklichen Verschiedenheit der natürlichen Verhältnisse. Sie hat sehr oft nur zufällige Ursachen. In den einen Gegenden ist älteres Recht stehen geblieben, weil man versäumte, es statutarisch fortzubilden, und in andern sind später neue Statuten erlassen worden unter dem Eindruck einzelner Fälle ohne prinzipielle Uebersicht über das Ganze, welche dem beschränkten Gesichtskreis der beschließenden Räthe ferne lag.

c. Inzwischen sind die Familienverhältnisse, auf denen doch das gesetzliche Erbrecht zunächst beruht, wesentlich die nämlichen geworden im ganzen Kanton. Das Familienrecht ist daher durch die neuere Gesetzgebung ohne Widerspruch gleichmäßig für den ganzen Kanton festgesetzt worden. Aus der Gleichheit der Familie aber folgt die Gleichheit der natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse und aus dieser hinwieder die Gleichheit des Erbrechts. Es hat heutzutage keinen Sinn mehr, daß der Sohn und die Tochter ihrem Vater gegenüber in Winterthur anders gestellt werden, als in Zürich, keinen Sinn mehr, daß die Kinder eines Kaufmanns von Horgen die väterliche Verlassenschaft ganz nach anderen Grundsätzen theilen sollen, als die Kinder eines Kaufmanns von Zürich oder Winterthur, keinen Sinn mehr, daß die mütterlichen Verwandten in Zürich von der Erbschaft ausgeschlossen werden, in Winterthur an derselben einen Antheil erhalten. Wenn auch gegenwärtig noch gewisse Verschiedenheiten in Betracht kommen, wie insbesondere der Gegensatz der Landwirthschaft oder ein städtisches Gewerbe treibenden Familien, so ist dieser Unterschied unabhängig von jener veralteten Eintheilung des Landes und ohne Rücksicht auf das Bürgerrecht der Familienväter gleichmäßig für den ganzen Kanton zu bestimmen.

War man aber über die Einführung eines gemeinsamen Erbrechts einverstanden, so erhob sich eine neue Schwierigkeit. Konnte man sich auch hier wie in den übrigen Abtheilungen des privatrechtlichen Gesetzbuches ruhig an das etwa im größern Theil des Kantons hergebrachte Erbrecht anlehnen und mit geringen Verbesserungen dasselbe auf den ganzen Kanton übertragen? Aus zwei Hauptgründen mußte diese Frage verneint werden: Fürs erste, weil das Erbrecht überhaupt bei uns nicht ebenso wie das übrige Privatrecht den veränderten Zeitverhältnissen gemäß fortgebildet worden, sondern seit Jahrhunderten mehr als alle andern Bestandtheile in alterthümlich starren Zuständen verharrt ist, sodann weil die erbrechtlichen Grundsätze, die in dem größern Theile des Kantons noch bestehen, in wesentlicher Beziehung mit dem heutigen Rechtsgefühl und mit den Rechtsprinzipien der Gegenwart weit weniger harmoniren, als die in einem kleinern Theile bereits anerkannten Regeln. Es war daher hier eine

eingreifendere Reform nothwendig und es mußten sehr bedeutende Aenderungen des bisherigen Rechts angetragen werden.

2. Die nächsten Erben des Verstorbenen. Die gesetzliche Erbfolge ist das natürliche Erbrecht und die erbrechtliche Regel. Unser Recht schließt sich hier nicht an die Auffassung des römischen Rechtes an, welches zuerst nach dem Willen des Erblassers fragte, sondern folgt, wie das moderne Rechtsgefühl überhaupt, der Grundansicht des deutschen Rechts. Am klarsten zeigt sich das in der Erbfolge der Nachkommen, die keineswegs auf gesetzgeberischer Willkür beruht, sondern den natürlichen Zusammenhang der Familie beachtet und schützt. Wie das Blut fortgepflanzt wird, so geht das Gut über; die Persönlichkeit der Eltern lebt in den Kindern fort, und es ist daher naturgemäß, daß das Vermögen der Eltern nach ihrem Tode von Rechtswegen an ihre Nachkommen falle.

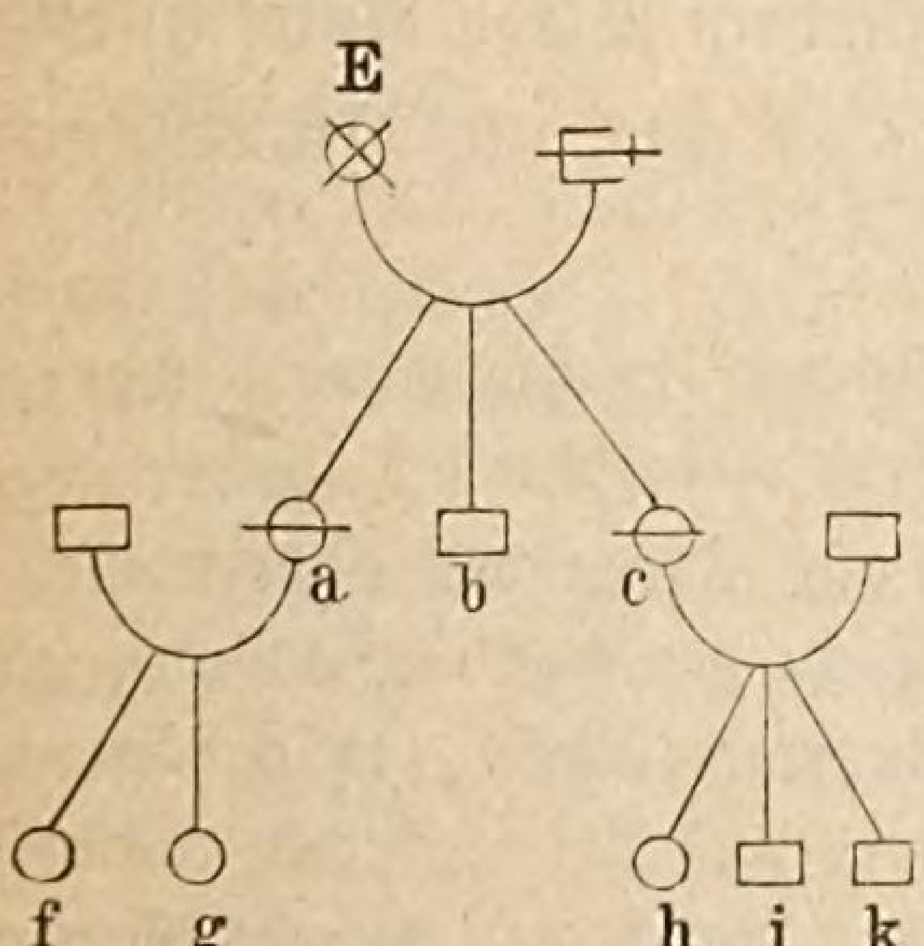
3. Eheliche Kinder. Vgl. über das Verhältniß der unehelichen Kinder §§ 892 ff. Die volle Rechtswirkung der Fortpflanzung im Erbrecht setzt nicht bloß physischen Zusammenhang, sondern organisch sittliche Familiengemeinschaft voraus.

4. Wenn solche vor ihm verstorben sind, die ehelichen Enkel. Die Enkel haben als natürliche Nachkommen des Großvaters ein selbständiges Erbrecht, insoferne nicht ihre Eltern als Kinder noch am Leben sind und daher dem Erblasser in dieser Linie zunächst stehen. Ebenso die Urenkel, wenn die zwischen ihnen stehenden Mittelglieder ihrer Eltern und Großeltern ausgefallen sind, in der Erbschaft ihres Urgroßvaters."

§ 850.

[1894]. Innerhalb dieser ersten Parentel wird nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen geerbt und besteht ein unbeschränktes Eintrittsrecht, kraft dessen die ehelichen Nachkommen eines vor dem Erblasser verstorbenen Kindes oder Enkels an die Stelle desselben treten und denjenigen Theil der Verlassenschaft erhalten, der auf ihren verstorbenen Vorfahren gefallen wäre, hätte dieser selber den Erblasser beerbt.

Erläuterung:



f + g erhalten einen Theil, b einen Theil, h + i + k einen Theil.

Ist b todt, so erben f + g einen Theil, h + i + k einen Theil.

1. Nach dem älteren Rechte waren die Enkel, weil in zweiter Generation verwandt, von der Erbschaft völlig ausgeschlossen, so lange Kinder vorhanden waren. Erst ziemlich spät wurde das Eintrittsrecht der Enkel an die Stelle eines vorverstorbenen Kindes anerkannt. (Vgl. Bluntschli, zürcherische Rechtsgeschichte Bd. I. S. 115,

461 und Bd. II. S. 295; Stadt-Erbrecht Th. II, § 11.) Die Einführung des Eintrittsrechts ist aber nicht bloß durch billige Rücksichten veranlaßt, weil es eine Härte ist, die früh verwaisten Enkel von der großelterlichen Erbschaft auszuschließen, sondern ist ein Fortschritt in der Erkenntniß des natürlichen Rechts. Die Familienrasse geht durch den Sohn auf die Enkel in gerader Linie über und es wird dieser Zusammenhang durch den früheren Tod des Sohnes nicht unterbrochen. Ein paar Beispiele mögen diese Bestimmung erläutern.

a. A hat in der Ehe drei Kinder erzeugt, die Söhne B und C und die Tochter D. B verheirathet sich und stirbt vor seinem Vater A mit Hinterlassung von drei Kindern E, F und G, die den Tod ihres Großvaters erleben. Die Tochter D gebiert in der Ehe einen Sohn H und stirbt vor ihrem Vater A. Nach dem Tode des A erhalten E, F, G den Antheil, der dem Sohne B zugekommen wäre, C seinen Sohnestheil und H den Tochtertheil seiner Mutter D. —

b. Von den Söhnen N und O des M stirbt N mit Hinterlassung eines ehelichen Sohnes P, Enkel des M, und P stirbt vor seinem Großvater, indem er eine Tochter Q hinterläßt, Urenkelin des M. Die Erben des M sind sein Sohn O und seine Urenkelin Q, welche erst an die Stelle ihres Vaters P und dann an die ihres Großvaters N eintritt.

3. Der Ausdruck Parentel in dem Gesetz umfaßt die ganze von einem gemeinsamen Stammvater oder einer gemeinsamen Stammmutter (parens) abstammende Nachkommenschaft. Jeder Stammvater und jede Stammmutter steht an der Spitze einer besondern Parentel als eines engen in gerader Linie sich fortpflanzenden Familien- und Verwandtschaftskreises. Wie die gesammte Verwandtschaft organisch aus der ehelichen Fortpflanzung erwachsen ist und sich in verschiedene engere Familien und Häuser theilt, so ist sie auch naturgemäß nach Parentelen geordnet. Die erste Parentel ist die des Erblassers selbst, d. h. er erscheint in derselben als das Stammeshaupt (parens) seiner sämmtlichen Nachkommen.

§ 851.

[1895]. In der Verlassenschaft des Vaters haben die Söhne vorzugsweise vor den Töchtern das Recht, das von dem Vater hinterlassene liegende Gut (§ 48) sammt gesetzlicher Zubehörde (§ 50) zu ermäßigtem Schatzungswerthe an sich zu ziehen.

1. Gesetzlicher Zubehörde. Das Wort „gesetzlicher" mußte hineingeschoben werden, damit die in § 52 erwähnte vertragliche Zubehörde ausgeschlossen werde.

2. Die praktisch wichtigste und zugleich die schwierigste Frage des ganzen Erbrechtes, über welche auch die Meinungen im Jahre 1855 in der Kommission und im Großen Rathe, dann auch wieder, wenn auch in geringerem Maße, 1878 vielfach getheilt waren, ist die über das Erbverhältniß der Söhne und der Töchter. 1887 freilich stieß die Annäherung der Rechte beider Geschlechter auf keinen grundsätzlichen Widerstand mehr.

Bluntschli sagt: „Die Verschiedenheit der alten Statutarrechte war gerade in dieser Beziehung sehr groß. In dem größten Theile der Landwirthschaft hatten die Söhne ein weit bedeutenderes Erbrecht als die Töchter, indem sie einerseits berechtigt waren,

die väterlichen Liegenschaften, nach einigen aber seltenen Uebungen auch die mütterlichen Liegenschaften um einen bedeutend herabgesetzten Preis an sich zu ziehen und im übrigen die väterliche Erbschaft in dem Verhältniß von zwei Theilen für einen Sohn und einem Theile für eine Tochter zu theilen. Jeder Sohn bekam also, wenn keine Liegenschaften da waren, den doppelten Antheil, den die Tochter an der väterlichen Verlassenschaft erhielt. Waren Liegenschaften da, so wurde jener Antheil noch vergrößert durch den den Söhnen zukommenden Schatzungsvortheil. In der Stadt Zürich war der Schatzungsvortheil an den Häusern zu Gunsten der Söhne weit geringer und das Theilungsverhältniß in der väterlichen Verlassenschaft fünf Pfennige für einen Sohn und vier Pfennige für eine Tochter. In Winterthur hatten Söhne und Töchter gleiches Erbrecht.

Der nämliche Gegensatz wiederholt sich im Großen in der Verschiedenheit des römischen Rechts und des ältern deutschen Rechts. Das erstere hat den Grundsatz der Gleichheit aller Kinder und in Folge dessen des gleichen Erbtheiles der Söhne und der Töchter proklamirt; das letztere im Gegensatz dazu die geschlechtliche Verschiedenheit der Söhne von den Töchtern und in Folge davon ein verstärktes Erbrecht der Söhne gutgeheißen. Die neuere Rechtsbildung hat sich beinahe auf dem ganzen Kontinent, wenigstens in der Theorie und in den Gesetzen, zunächst dem römischen Prinzip der Gleichheit zugewendet, und der Glaube, daß dasselbe das an sich Natürliche und Gerechte sei, ist ziemlich allgemein verbreitet. Auf der andern Seite aber darf nicht übersehen werden, daß die Praxis des Lebens mit jener Theorie keineswegs allgemein übereinstimmt, sondern thatsächlich und zuweilen auf Umwegen, besonders in ländlichen Verhältnissen, die Söhne sehr erheblich vor den Töchtern berücksichtigt werden, daß auch die neuere Rechtsbildung verschiedene Institute kennt und festhält, welche für einen Vorzug der Söhne sorgen, und daß eine Rechtsansicht, welche so tief mit der Geschichte aller germanischen Völker verwachsen ist, nicht willkürlich sein kann, sondern ebenfalls einen natürlichen Grund haben muß.

In der That haben beide Rechte, das römische und das deutsche, ihren Grund in der Natur der Dinge, und der Fehler beider besteht nur darin, daß ein jedes seinen Grund einseitig überspannt, das römische Recht die natürliche Gleichheit der Kinder, das ältere deutsche Recht die natürliche Verschiedenheit des Geschlechts unter den Kindern. Die volle Gerechtigkeit fordert, daß beide Gründe in richtigem Verhältniß anerkannt werden.

Zunächst haben alle Kinder gleichmäßig ihr leibliches Dasein von den Eltern empfangen und sind gleichmäßig von der Sorge und Liebe der Eltern umfaßt; sie stehen den Eltern gleich nahe und setzen in wesentlich gleicher Weise das Leben der Eltern fort. Daraus folgt in der That zunächst als Hauptregel die Gleichheit ihres Erbrechts.

In zweiter Linie aber kommt auch die natürliche Verschiedenheit der Söhne und der Töchter in Betracht, und es wird die Gleichheit um dieser Verschiedenheit willen zwar nicht aufgehoben, aber modifizirt. Als Kinder sind Söhne und Töchter gleich; als Söhne und Töchter aber zu unterscheiden, und es gebührt in der That in der letztern Beziehung den Söhnen ein Vorzug aus folgenden Gründen:

a. Der gesteigerte Werth des männlichen Geschlechts macht sich auch in der Familie geltend, wie er in der Natur durch die höhere körperliche und geistige Begabung desselben deutlich erscheint. Es ist nicht naturwidrig, wenn schon die Geburt des Sohnes in dem elterlichen Hause mehr gefeiert

wird als die der Tochter, und auf die ganze Erziehung und Ausbildung der Söhne ein bedeutenderer Kraftaufwand und eine größere Ausstattung verwendet wird. Niemand sieht darin eine Verletzung der gleichen elterlichen Liebe, sondern nur die natürlichen Unterschiede und ihre Bedürfnisse.

b. Auch in der Folge zeigt sich der nämliche Unterschied unter den erwachsenen Kindern. Der Sohn ist bestimmt, ein selbständiges Familienhaupt zu werden, und als solches steht er höher als die Tochter, welche von Natur bestimmt ist, als Familienglied, sei es der angebornen, sei es der angeheiratheten Familie anzugehören: um deßwillen bedarf auch der Sohn, um selbständig werden zu können, einer bedeutenderen vermögensrechtlichen Ausstattung.

c. Auf den Söhnen, nicht auf den Töchtern, beruht die Fortpflanzung des väterlichen Stammes und Geschlechtes und es ist darum gerade in der väterlichen Verlassenschaft ein erbrechtlicher Vorzug der Söhne gerechtfertigt. Die Familie im engeren Sinn ist das Geschlecht.

Der Fortschritt der modernen Rechtsbildung ist auch hier wieder bedingt durch die richtige Verbindung der römischen und der deutschen Rechtsansichten. Im Ganzen hat das neue Erbrecht diese Richtung auch hier befolgt. Im Gegensatz zu den frühern Gewohnheiten hat dasselbe sich dem römischen Gleichheitsprinzip bedeutend angenähert, aber zugleich die von dem deutschen Recht und der bisherigen Uebung beachteten Unterschiede ermäßigend und modifizirend einwirken lassen."

„In der Kommission wurde der Antrag gestellt, dieses Vorzugsrecht der Söhne auch auf die mütterlichen Liegenschaften auszudehnen, und damit der weitere Vorschlag verbunden, in allen übrigen Beziehungen gleiches Erbrecht aller Kinder einzuführen. Diese Anträge wurden damit begründet, daß nur volkswirthschaftliche, nicht aber Rechtsgründe den Vorzug der Söhne rechtfertigen, die volkswirthschaftlichen Rücksichten aber auf alles liegende Gut passen, gleichviel, ob dasselbe von dem Vater oder von der Mutter anfalle. Es wurde anerkannt, daß die Söhne nicht wohl bestehen können, wenn sie die ererbten Liegenschaften um den vollen Verkaufswerth sich anrechnen lassen müßten. Die Uebernahme der elterlichen Gütergewerbe würde dadurch überaus erschwert, die Güter würden allzu sehr verschuldet und die Fortdauer der bäuerlichen Familien gefährdet. Das gelte aber nicht bloß für die väterlichen, sondern ebenso für die mütterlichen Güter.

Die Mehrheit der Kommission entschied sich aber gegen beide Anträge und nahm von dem ersteren nur das auf, daß den Söhnen gestattet werde, auch die mütterlichen Liegenschaften vorzugsweise zu übernehmen, jedoch ohne den Vortheil eines ermäßigten Preises anzuerkennen (§ 859). Abgesehen von der obigen Erörterung über die Hauptprinzipien kamen bei der Diskussion noch folgende Motive zur Sprache:

a. Die volkswirthschaftliche Rücksicht der Begünstigung der Gutsübernahme ist allerdings von Gewicht, und kommt auch bei der obigen Rechtsbegründung mit in Anschlag. Sie kann aber für sich allein nicht entscheiden, wo es sich um die Festsetzung der Rechtsverhältnisse handelt. Die Konsequenz jener Ansicht müßte auch viel weiter und dahin führen, den Schatzungsvortheil nicht den Söhnen überhaupt, sondern dem Sohne ausschließlich zuzusprechen, welcher das Gut übernähme, d. h. zuletzt das System der Stammgüter und der bäuerlichen Erbgüter, wornach immer nur Ein Sohn dem Vater nachfolgt, allgemein festzusetzen. Eine so tief eingreifende Veränderung des

bestehenden Rechts aber würde mit den Sitten und mit den Rechtsansichten unsres Volkes zur Zeit in zu schroffen Widerspruch gerathen und an eine Zustimmung des Großen Rathes wäre nicht zu denken.

b. Aus jenen Vorschlägen würde eine neue Ungleichheit entstehen, welche um so lebhafter als Unrecht empfunden würde, je mehr sie mit den Gewohnheiten in Konflikt käme. Der in unsrem ältesten Rechte vorkommende Grundsatz: „Vorzug der Söhne in den Liegenschaften, gleiches Erbrecht der Kinder in dem fahrenden Gut" fand zu einer Zeit wenig Anstoß, als das Kapitalvermögen ausschließlich in Grundstücken bestand, und das fahrende Gut von sehr geringer Bedeutung war. Heut zu Tage aber, wo die beweglichen Kapitalien und Waarenlager einen so großen Werth erlangt haben, und unter einer zum guten Theile industriellen Bevölkerung würde es als eine Ungleichheit empfunden, wenn das Erbrecht die Gleichtheilung geböte, insoferne keine Liegenschaften hinterlassen werden, und einen bedeutenden Vorzug der Söhne zuließe, wenn liegendes Gut vorhanden wäre.

c. Die Ausdehnung des Sohnsvortheils auf die mütterlichen Liegenschaften fände zwar einigen Anhalt in der bestehenden Uebung einzelner Landestheile, widerspräche aber den Sitten in dem weit größern Gebiete des Kantons. Sie hätte überdem, da ihre Anwendung ziemlich selten wäre, keine große praktische Wirkung und könnte auch nicht ebenso gerechtfertigt werden, wie der Sohnsvortheil in der väterlichen Verlassenschaft."

3. Die Söhne. Die Frage, ob es rechtlich zuläßig sei, das Vorrecht der Söhne auf eine dritte Person (z. B. die Mutter) zu übertragen, so daß diese es bei der Erbtheilung geltend machen könne, wurde von dem Obergerichte aus dem Hauptgrunde verneint, daß das Vorrecht eine höchst persönliche Natur habe und eine derartige Anwendung seinem Zwecke widerspreche. Wenn also einer von 2 Söhnen ausgekauft oder ausgerichtet ist, so hat sein Bruder den ganzen Sohnsvortheil allein. (Z. XVI, 373, Erw. 1; VII, 170, Nro. 98; XVIII, 187.) Dagegen wenn ein Sohn stirbt, ohne auf diesen Vortheil verzichtet zu haben, können seine Erben ihn geltend machen. (Z. XIX, 320.) Ebenso ist der Sohn nicht gehindert, nach der Erbtheilung über die ererbten Liegenschaften frei zu verfügen und rechtlich nicht verpflichtet, wenn er etwa bald nachher das väterliche Haus verkaufen sollte, die Schwester an dem erworbenenen Mehrerlös theilnehmen zu lassen. Die moralische Seite der Frage wird nicht durch das Recht entschieden, sondern der freien That und Beurtheilung anheim gegeben.

4. Das hinterlassene liegende Gut. Dazu gehören die Forderungen nicht, welche aus dem Verkaufe liegender Güter herrühren, wenn das Eigenthum derselben vor dem Tode des Erblassers auf den Käufer übergegangen ist. (Z. I, 239, Nro. 108.) Dagegen umfaßt der Ausdruck „liegendes Gut", auch solche Liegenschaften, welche nachweisbar zu bloßer Kapitalanlage oder zu vorübergehender Spekulation angekauft worden sind. Obwohl der Gedanke, welcher dem Sohnsvorzug zu Grunde liegt, hier vielleicht nicht mehr paßt, so hat das Gesetz doch eine durchgreifende Bestimmung einer zweifelhaften Untersuchung im einzelnen Falle vorgezogen. (Vgl. Z. X, 104; OG. 1861, p. 20.)

5. Ein Verzicht auf dieses Recht liegt darin, daß die Söhne mit den Töchtern vor der Theilung des Nachlasses sich ohne Vorbehalt dahin verständigen, die Liegen-

schaften desselben zum Verkaufe zu bringen. (Z. VI, 161; VII, 170; XV, 435, Erw. 2 u. ff.); ein solcher Verzicht bedarf nicht der schriftlichen Form. (Z. XV, 435, Erw. 3 u. ff.) Ebenso liegt er mit Bezug auf eines der Nachlaßgrundstücke darin, daß ein Sohn vor Erledigung des Erbtheilungsprozesses dasselbe verkauft, oder auf die Gant bringt. (OG. 1884, Nro. 61.)

6. Es kann durch das Testament bedungen werden, daß die Liegenschaften auf diesen oder jenen Sohn nicht übergehen sollen (Z. XXI, 7); wenn aber bestimmt wird, daß von mehreren Söhnen nur einer die Liegenschaften erhalten solle, so kommt der Sohnsvortheil doch allen zu. (Z. XXI, 9, Erw. 5.)

7. In der kantonsräthlichen Kommission wurde vorgeschlagen, daß wenn die Söhne binnen Jahr und Tag die Liegenschaften an Dritte verkaufen, sie den bezogenen Sohnsvortheil an die Töchter zurückzuvergüten haben. Darauf wurde erwiedert, daß dies, namentlich bei theilweiser Veräußerung, Prozessen rufen, und die oft bei Erbtheilungen entstehende Spannung zwischen den Geschwistern nutzloser Weise verlängern würde. Zudem habe ja nun bei der erweiterten Testirfreiheit der Vater es in der Hand, dergleichen Bestimmungen zu treffen, wenn er es für gut finde.

8. Die Miterben können Versicherung ihrer Guthaben aus der Uebernahme solcher Liegenschaften durch Errichtung von Schuldbriefen auf denselben verlangen. (Z. XX 348, Nro. 129.)

§ 852.

[1896]. Der ermäßigte Schatzungswerth wird bei landwirthschaftlichen Gütern und bei Fabriken durch Abzug von einem Sechstel bis zu einem Viertel des vollen Verkehrswerthes, bei anderem liegendem Gute, insbesondere bei Wohnhäusern, die nicht mit einem landwirthschaftlichen Gute verbunden sind, durch Abzug von einem Achtel bis zu einem Viertel des Verkehrswerthes bestimmt und ist der gemeinen Erbmasse zu vergüten.

Die genaue Größe des Abzuges im einzelnen Falle wird in Berücksichtigung der jedesmaligen Verhältnisse durch billiges Ermessen bestimmt; der Schatzungswerth darf jedoch nie unter die Gesammtsumme der auf den Liegenschaften haftenden Kapital- und Zinsschulden hinuntersinken.

1. Von einem Sechstel bis zu einem Viertel. Der alte § 1896 fügte hinzu: „ausnahmsweise bis zu einem Drittheil." Der Entwurf 1878 hatte nur das Minimum von $^1/_6$, dagegen kein Maximum festgestellt. Die Wiederaufnahme eines Maximum schien der Expertenkommission im Interesse größerer Bestimmtheit geboten. Ueber die Quote des Sohnsvortheils überhaupt enthält U. 2478 eine interessante Tabelle, welche die Praxis von 1837—1867 darstellt. Sie enthält je einen Fall, in welchem die Quote zu $^1/_8$, $^1/_7$ oder $^1/_4$ angenommen wurde, außerdem 3 Fälle mit einer Quote von $^1/_6$, und 7 Fälle mit einer solchen von $^1/_5$, keinen Fall mit einer Quote von $^1/_3$. Dazu ist Folgendes hinzuzufügen:

Schon im Jahre 1863 hat das Obergericht erklärt, es sei „durch die Gerichte in der Regel inne gehaltene Praxis, bei gewöhnlichen Verhältnissen den Abzug an dem wahren Verkehrswerthe der Liegenschaften zu $^1/_5$ anzunehmen." (Z. X, 388,

Nro. 63, XIII, 363.) Diese Praxis ist in den letzten 20 Jahren nicht geändert worden. So konnte vom Redaktor wohl mit Recht auf Streichung der oben angeführten Erwähnung von $^1/_3$ angetragen werden mit der Behauptung, daß die Gerichtspraxis nie zu einer so enorm hohen Begünstigung der Söhne gekommen sei.

2. Bluntschli sagt zu diesem Artikel: „Auch dieser Paragraph dient dazu, den bisherigen Gegensatz der Statuten und Uebungen rationell auszugleichen. Der Abzug von dem Verkehrswerth der väterlichen Liegenschaften, welcher den Söhnen zu Statten kommt, darf bei landwirthschaftlichen Gütern größer gefaßt werden als bei städtischen Gebäuden. Der erbrechtliche Gegensatz der Stadtbürger und der Landbürger hat zwar gegenwärtig keinen Sinn mehr, aber der Unterschied zwischen Bauerngütern und Fabriken, gehören sie einem Knonauer oder Zürcher Bürger, und städtischen Wohnhäusern, stehen sie in einem Dorf oder in einer Stadt, hat noch eine Bedeutung. Soll es den Söhnen möglich gemacht werden, die väterlichen Liegenschaften vorzugsweise zu übernehmen, so ist es ein Bedürfniß, den Preis derselben zu ihren Gunsten zu ermäßigen. Dadurch wird ihnen die Fortsetzung des väterlichen Hausstandes und des väterlichen Berufes erleichtert und damit ein Hauptzweck dieses Erbrechts, Fortbestand der Familie, befördert. Diese Ermäßigung ist aber aus natürlichen Gründen größer anzuschlagen, wenn es sich um landwirthschaftliche Güter und Fabriken, als wenn es sich um Wohnhäuser handelt. Die Uebernahme jener erfordert einen größern Aufwand von persönlicher Thätigkeit des Sohnes, als die Succession in diese, und die Fortsetzung des väterlichen Gütergewerbes oder Fabrikationszweiges ist schwieriger und steht zugleich in näherer Beziehung zu dem Fortbestand der Familie, als der Besitzesantritt eines für sich bestehenden Wohnhauses.

3. Unter die Gesammtsumme u. s. f. Z. B. auf einem Gute haften 10,000 Franken Kapital- und 1000 Franken Zinsschulden; der Verkehrswerth desselben wird zu 12,000 Franken angeschlagen. Da darf der Schatzungswerth zu Gunsten der Söhne nicht unter 11,000 Franken angesetzt werden. „Wenn der höhere Werth der Liegenschaften über den ermäßigten Schatzungspreis hinaus in Anspruch genommen werden muß, um die Passiven des Nachlasses zu decken, so ist insofern überhaupt kein Sohnsvortheil zuzusprechen, indem es nicht angeht, daß Vermögensobjekte, welche zur Deckung der Erbschaftsgläubiger dienen müssen, zu Gunsten einzelner Erben davon ausgenommen werden.“ (Z. IX, 454; XVIII, 184, Erw. 3.)

4. Maßgebend ist der Werth der Liegenschaften zur Zeit des Todes des Erblassers, und ein nachheriger Abschlag der Güterpreise kann nicht zum Ansatz eines größeren Sohnsvortheils führen. (Z. XIX, 322, Nro. 131.) Die Töchter sind berechtigt zu verlangen, daß bei der Schätzung der Liegenschaften auch auf die beim Tode des Vaters noch nicht eingesammelten Früchte Rücksicht genommen werde, wogegen dann aber die auf den Liegenschaften versicherten Zinse bis zum Todestage des Erblassers noch auf gemeinsame Rechnung der Erben, erst von da an auf Rechnung der Söhne allein gehen sollen; den Töchtern ist die für sie auszumittelnde Auskaufssumme von genanntem Todestage an zu verzinsen. (Z. I, 402.)

5. Für die Schätzung der Liegenschaften sind nicht acceptirte Angebote nicht maßgebend (Z. XVI, 377, Nro. 129); eine Probegant empfiehlt sich nicht (Z. VII, 177, Nro. 104; 202, Nro. 126; X, 391, Erw. 3).

6. Als Gründe für Ermäßigung des Sohnsvortheils werden angeführt:

a. wenn nur Ein Sohn vorhanden ist;

b. wenn die Liegenschaften wenig mit Schulden und andern Lasten beschwert sind;
c. wenn die Grundstücke leicht zu bewerben sind;
d. wenn der Nachlaß bedeutend ist;
e. wenn die Liegenschaften ertragreich sind, z. B. in Folge eines ihnen zustehenden Tavernenrechtes;
f. wenn die Uebernahme der Liegenschaften nicht mit großem Risiko verbunden ist;
g. wenn die vorhandenen Gebäulichkeiten in richtigem Verhältniß zu den übrigen Liegenschaften stehen;
h. wenn nicht der Sohn, sondern die Tochter vorzugsweise bei der Bearbeitung behülflich war.

(U. 2476). Dagegen hat später das Obergericht erklärt, bei Bestimmung der Größe des Sohnsvortheils sei nicht auf die persönlichen Leistungen einzelner Söhne, die ja der Vater durch Gegenleistungen bei Lebzeiten oder durch letztwillige Verfügungen berücksichtigen könne, sondern auf diejenigen objektiven Verhältnisse zu achten, welche die Uebernahme der Liegenschaften erschweren oder erleichtern. (Z. XXII, 298, Erw. 5.)

§ 853.

[1897]. Ueberdies haben die Söhne vor den Töchtern das Vorzugsrecht, die vorhandene zu dem übernommenen väterlichen Gewerbe gehörende fahrende Habe (§ 58), als Werkzeug, Berufsvorräthe, das auf dem ererbten Gute vorhandene Vieh u. drgl., jedoch ohne Abzug an dem Verkehrswerthe, an sich zu ziehen.

1. Der Sohnsvortheil des ermäßigten Schatzungswerthes (§ 851) erstreckt sich nicht auf diese Fahrhabe, sondern nur auf das liegende Gut sammt gesetzlicher Zubehörde.

§ 854.

[1898] Unter den Söhnen selbst besteht kein Vorzugsrecht. Auf die Erwerbung des liegenden Gutes und auf den Sohnsvortheil haben sie alle gleiches Anrecht.

1. Das Stadterbrecht hatte dem jüngsten Sohne das Vorrecht gegeben, das Wohnhaus (nicht andere Liegenschaften) des Vaters zu übernehmen, jedoch in der Meinung, daß seine Brüder am Sohnsvortheil Theil nehmen.

2. Ein Sohn hat auch dann Antheil am Sohnsvortheil, wenn er die Liegenschaften nicht bewerben kann. (Z. XVIII, 210, Nro. 210; XIX, 319, Nro. 130.) Vgl. § 852, 6 am Ende.

§ 855.

[1899]. Die Söhne nehmen überdies ohne Ersatz an die Erbmasse aus der Verlassenschaft des Vaters vorweg die väterlichen Kleider, Rüstung, Waffen, Pettschaft, Siegel.

Ferner haben sie das Recht, die von dem Vater hinterlassene Bibliothek, andere Sammlungen, Denkzeichen, Ehrengeschenke, Taschenuhren sammt

Uhrketten, Fingerringe und anderen Schmuck, der an den Leib gehört, insofern diese Gegenstände zusammen nicht mehr als fünf Hundertstel der reinen Verlassenschaft (§ 897) betragen, ohne Ersatz, wenn sie diesen Betrag übersteigen, für den Mehrwerth gegen Ersatz an die Erbmasse vorweg zu nehmen.

1. Die väterliche Kleidung, Rüstung u. s. w. Dieses Vorzugsrecht erinnert noch an das alte Heergewäte. (Vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 187, Nro. 3.)

2. Z. B. ein Geistlicher hinterläßt ein Vermögen von 10,000 Franken, in dem sich eine Bibliothek im Werth von 1000 Franken befindet. Hier sind 500 Franken von den Söhnen, welchen die Bibliothek zufällt, an die gemeine Erbmasse zu vergüten.

§ 856.

[1901]. Die Familienschriften fallen ohne Ersatz an die Erbmasse dem ältesten Sohne zu; jedoch haben die übrigen Kinder und Enkel das Recht, Abschriften oder Auszüge davon zu nehmen.

1. Die Familienschriften. Ein hinterlassenes schriftstellerisches Werk des Erblassers ist nicht dahin zu rechnen, sondern ist als ein Bestandtheil der gemeinen Erbmasse zur Theilung zu bringen.

2. Dem ältesten Sohne. Dieser ist nach dem Tode des Vaters als der natürliche Vorstand der Familie zu betrachten, und da er als der erste des Geschlechts dessen Einheit repräsentirt, kommen ihm auch die Familienschriften von Rechtswegen zu. Es bleibt ihm aber unverwehrt, dieselben einem andern, vielleicht besser geeigneten Sohne zu überlassen. An den Denkzeichen und Ehrengeschenken haben dagegen alle Söhne gleiches Recht, solche Sachen fallen also in die Theilung.

3. Die Familienschriften bleiben dem Mitgenuß der übrigen Familienglieder eröffnet und sind nicht dem absoluten Verschluß des ältesten Sohnes Preis gegeben. Diese Bestimmung findet auch auf die vorhandene briefliche Korrespondenz Anwendung, soweit sich dieselbe zur Aufbewahrung eignet. (Vgl. § 573, 574.)

§ 857.

[1902]. Die gemeine väterliche Erbmasse wird zwischen Söhnen und Töchtern gleichmäßig getheilt.

1. Der alte § 1902 hatte die Theilung zu 5 Pfenningen für einen Sohn und 4 Pfenningen für eine Tochter angeordnet. (Vgl. § 851, 2.) Im Jahre 1855 hatten sowohl in der Kommission als auch im Großen Rathe in dieser Beziehung verschiedene Ansichten ihre Vertretung gefunden. Nur wenige Stimmen waren damals für Beibehaltung des bis dahin auf dem Lande vorherrschenden Theilungsverhältnisses von zwei zu eins; stärkere Minderheiten ergaben sich für die Theilung im Verhältniß von vier zu drei, und für völlige Gleichstellung der Theilung. Mit Mehrheit wurde aber damals das in dem Stadterbrechte angenommene Verhältniß von fünf zu vier gutgeheißen. Der Entwurf 1878 schlug die Gleichtheilung vor. Wie dann 1887 im

Kantonsrathe selbst diese Gleichstellung der Töchter mit den Söhnen wieder vorgeschlagen und angenommen, dem Volke separat zur Abstimmung vorgelegt und auch von ihm angenommen wurde, darüber siehe das Vorwort p. 20 u. ff.

§ 858.

[1903]. In der mütterlichen Verlassenschaft gebühren den Töchtern voraus, ohne Ersatz an die gemeine Erbmasse, die Kleider, das zugeschnittene Weißzeug, die Arbeitsgeräthschaften und die Bücher der Mutter.

Ferner der Schmuck und die Kleinodien sowie der Sparhafen der Mutter bis auf den Betrag von fünf Hundertstel der reinen Verlassenschaft (§ 897) ohne Ersatz. Betragen diese letzteren Vermögensstücke zusammen mehr als fünf Hundertstel, so haben die Töchter für den Mehrwerth Ersatz an die gemeine Erbmasse zu leisten.

1. Den Töchtern voraus. Dieses Vorzugsrecht der Töchter stimmt mit der Landessitte überein und hat einen guten Grund darin, daß diese Gegenstände vorzugsweise dem weiblichen Leben angehören und die Mutter in dieser Beziehung eher in den Töchtern als in den Söhnen fortlebt. Zugleich wird dadurch dem Vorrecht der Söhne in der väterlichen Verlassenschaft ein natürliches Gegengewicht an die Seite gesetzt.

2. Das zugeschnittene Weißzeug. Vorräthige Leinwand- und Baumwollenzeuge am Stück gehören nicht dahin, sondern fallen in die gemeine Erbmasse.

3. Die Arbeitsgeräthschaften. Z. B. Nähzeug, Nähtisch, Nähmaschine, Spinnrad, nicht aber eigentlicher Berufswerkzeug, wie z. B. ein Webstuhl, eine Seidenwindmaschine oder ein Klavier u. dgl. Vgl. die entsprechende Bestimmung in § 853.

4. Schmuck. Die Frage, ob unter dem Schmuck auch die Uhren begriffen seien, wurde in der Kommission von 1855 im Allgemeinen bejaht, aber mit Mehrheit beschlossen, die Uhren nicht ausdrücklich im Gesetze zu erwähnen, hauptsächlich um der Schwierigkeit willen, einen ganz passenden Ausdruck zu finden, da das Wort „Uhren" zu weit sei, indem es auch die nicht hieher gehörigen Stockuhren mit umfasse, der Ausdruck „Taschenuhren" aber hier nicht richtig sei und der weiter vorgeschlagene „Damenuhren" zu prätensiös klinge.

§ 859.

[1904]. Die gemeine mütterliche Erbmasse wird zu gleichen Theilen unter Söhne und Töchter vertheilt. Die Söhne sind aber berechtigt, das liegende Gut der Mutter gegen Ersatz seines vollen Werthes an die Erbmasse an sich zu ziehen.

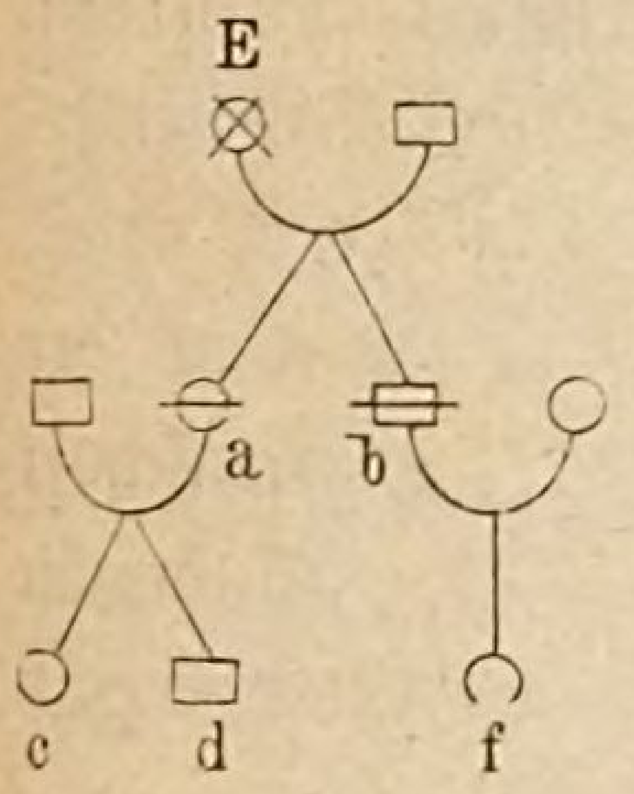
Vgl. § 851, 2.

§ 860.

[1905, 1906]. Das den Söhnen oder den Töchtern gebührende Vorzugsrecht kommt auch den durch sie vermittelten Enkeln und

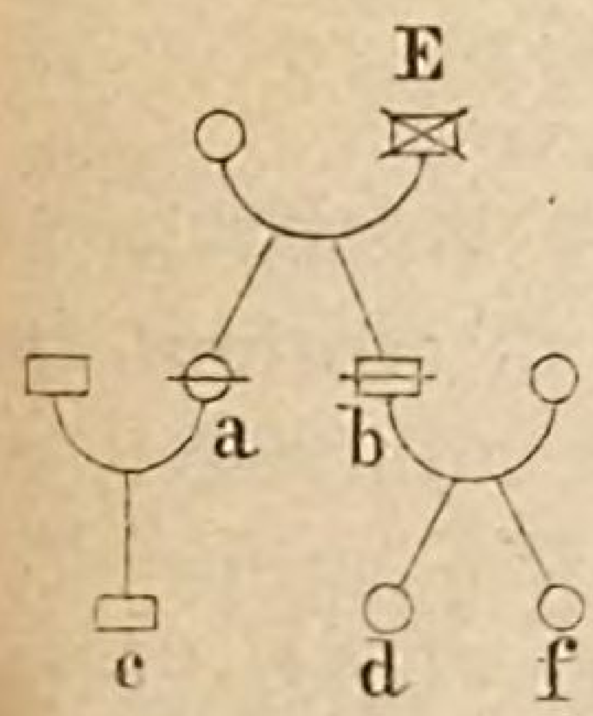
Enkelinnen und zwar nicht bloß dann zu Statten, wenn die Enkel infolge des Eintrittsrechtes zur Erbfolge kommen, sondern auch dann, wenn nur Enkel vorhanden sind, in beiden Fällen ohne Rücksicht darauf, ob von einem Sohne her nur Enkelinnen oder von einer Tochter her nur Enkel vorhanden seien.

Erläuterungen:



1.

Der Enkel c und die Enkelin d erhalten zusammen die Hälfte der Erbschaft und darin die Liegenschaften zum ermäßigten Schatzungswerthe. Enkel f erhält die andere Hälfte der Erbschaft.



2.

Die Enkel d und f bekommen das Spargeld der Großmutter, während die Enkelin c die Liegenschaften derselben zum vollen Verkehrswerthe vor den Enkeln d und f beanspruchen kann.

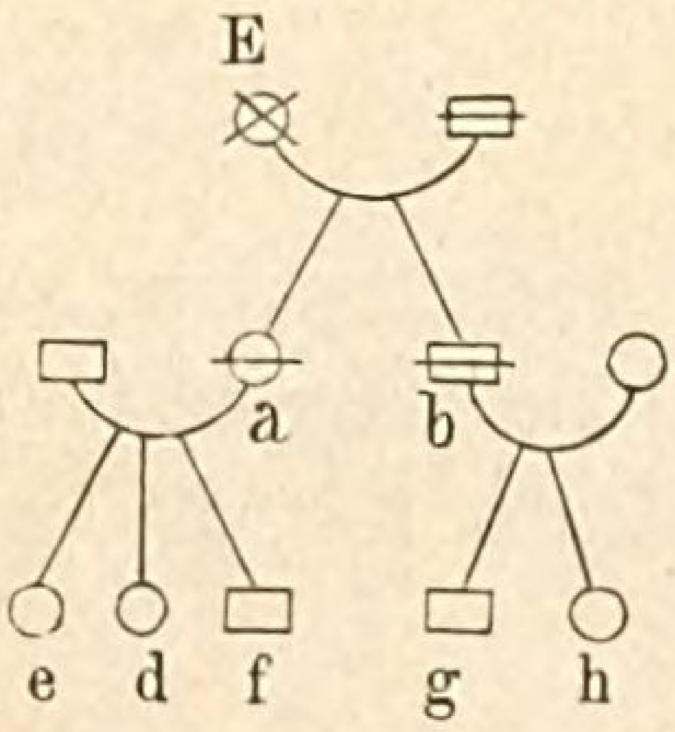
1. Bluntschli sagt: „Diese Bestimmung ist eine Konsequenz des Grundsatzes, daß die Enkel an die Stelle der Kinder (Söhne oder Töchter) eintreten; es wird gehalten, wie wenn die Kinder ihren Erbtheil sammt ihrem Vorzugsrecht erworben und beides ihren Kindern zurückgelassen hätten. In einzelnen Fällen kann das freilich sonderbar scheinen, z. B. wenn die Enkelin C von dem früher verstorbenen Sohne A her die Kleidung und Rüstung des Großvaters E erhält, mit Ausschluß der Tochter B, oder wenn der Enkel F von der Tochter B her den Schmuck der Großmutter E erhält mit Ausschluß ihres Sohnes A. Indessen wird dieser wunderliche Schein gehoben, sobald man sich denkt, daß die großväterliche Erbschaft zunächst an die noch lebenden Kinder vertheilt und von diesen hinwieder ihren Kindern hinterlassen worden wäre, was dem natürlichen Gang des Erbrechtes entspricht." Der Entwurf von 1878 bestimmte im Gegentheil: „Auf die Nachkommen vor dem Erblasser verstorbener Söhne geht dieses Recht nicht über." Auch jetzt wieder fehlte es nicht an Stimmen, welche die Vorzugsrechte nicht auf die Nachkommen vorverstorbener Kinder übergehen lassen wollten, wie auch der „Gerichtssaal" sich in diesem Sinne aussprach. Es wurde wohl nicht mit Unrecht gesagt: „Lächerlich ist es, wenn von zwei Enkeln eines Erblassers das zweijährige Mädchen die Liegenschaft zu ermäßigtem Schatzungswerthe an sich ziehen darf, und nicht etwa der zwanzigjährige Junge, bloß deßhalb, weil dieser von einer Tochter, jenes aber von einem Sohne des Erblassers abstammt." Die kantonsräthliche Kommission entschied sich aber mit Mehrheit für die Beibehaltung des Bisherigen mit der Motivirung, daß die Enkel den frühen Tod ihrer Eltern nicht entgelten sollen.

2. In den Erläuterungen ist materiell nichts geändert, als daß die Gleichtheilung zwischen Sohns- und Tochtertheil (§ 857) zur Anwendung gebracht wurde.

3. Auch die Kinder eines auf Grund von § 988 enterbten Sohnes haben Anspruch auf den Sohnsvortheil an den großväterlichen Liegenschaften. (Z. XVI, 379, Nro. 130.)

§ 861.

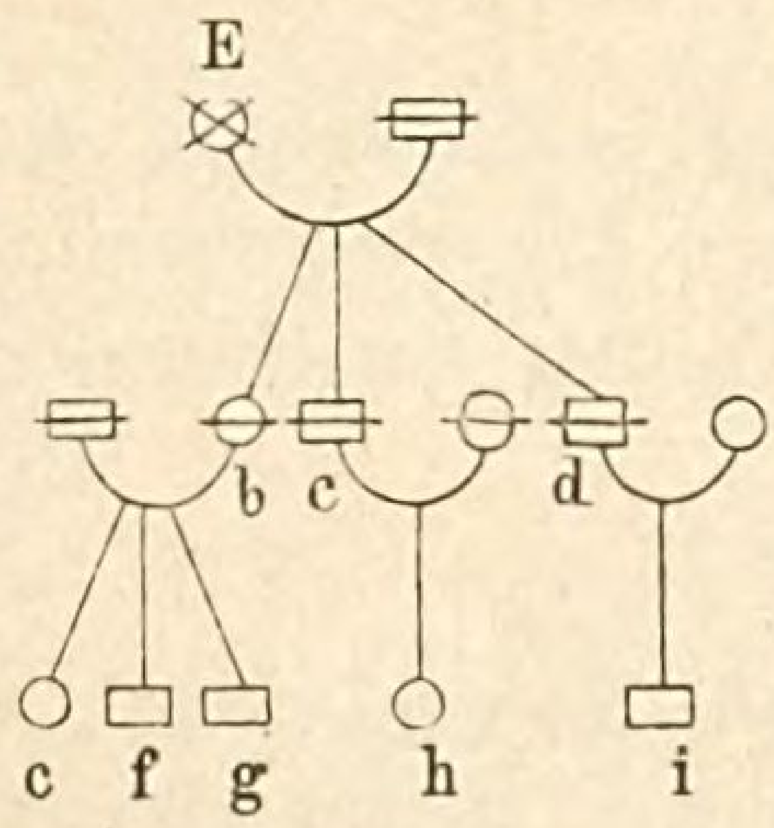
[1907]. Gelangen neben Enkeln auch Enkelinnen des gleichen Stammes zur Erbfolge, so bestehen unter denselben keine Vorzugsrechte.



Erläuterungen:

1.

c + d + f erhalten je $^1/_6$, g + h erhalten je $^1/_4$ der ganzen Verlassenschaft.



2.

Wenn die reine Verlassenschaft des Erblassers 15,000 Franken beträgt und sich in derselben eine Bibliothek im Werthe von 750 Franken findet, so fällt diese, da sie nicht mehr als fünf Prozent der reinen Verlassenschaft ausmacht, ohne Ersatz an die Erbmasse dem Stamme des vorverstorbenen Sohnes b zu. Von den übrigen 14,250 Franken erhalten e, f und g, als Kinder des verstorbenen Sohnes b, zusammen $^1/_3$, h $^1/_3$ und i $^1/_3$. Von dem auf die Nachkommen des Sohnes b fallenden Erbtheile im Gesammtbetrage von 4750 + 750 = 5500 Franken erhalten e, f und g je wieder $^1/_3$ = $1833^1/_3$ Franken.

1. Der alte § 1907 hatte auch hier wieder nicht nur die ungleiche Theilung zwischen Enkeln und Enkelinnen des gleichen Stammes, sondern auch das Vorzugsrecht der einen vor den andern festgehalten, so daß also in Beispiel 2 der Enkel e die ganze Bibliothek des Großvaters allein ohne Ersatz an sich ziehen konnte. Das ist von der kantonsräthlichen Kommission gleich dem Entwurf 1878 einstimmig gestrichen worden.

§ 862.

[1908]. Wenn ausgestattete Kinder (Sohn oder Tochter) neben anderen Kindern ihr Erbrecht geltend machen wollen, so müssen sie den Kapitalwerth der vom Vater empfangenen Aussteuer und des erhaltenen Heirathsgutes oder der sonstigen vom Vater her erlangten Ausstattung in die Verlassenschaft einwerfen.

1. Die Ausstattung des Sohnes, der bei Lebzeiten des Vaters ein neues Hauswesen begründet, oder die Aussteuer der Tochter bei ihrer Verheirathung ist zunächst

kein erbrechtlicher Akt, sondern ein auf Familienrücksichten beruhendes Geschäft unter Lebenden. Das Kind empfängt dabei zunächst nicht einen Erbtheil zum Voraus, und man denkt dabei nicht an den Tod, sondern an die Bedürfnisse des Lebens. Das Kind ist daher auch nicht eventueller Erbe geworden und es kann die empfangene Ausstattung behalten, die später anfallende Erbschaft aber ausschlagen. Wohl aber beruhen jene Familienausstattung und das Erbrecht der Kinder auf dem nämlichen innern Grunde des Familienzusammenhanges, und wenn das Kind Erbe wird, so ist es billig, im Verhältniß zu den übrigen Kindern, daß es sich die empfangene Ausstattung an seinem Erbtheil anrechnen lasse. Würde das nicht geschehen, so würde die natürliche Gleichheit der Kinder in ihrer Familienstellung verletzt. Das ist schon römisches Recht, die sogenannte collatiodotis, u. dgl. (Vgl. Stadterbrecht II § 11.)

2. Neben andern Kindern. Es kann sein, daß diese gar nicht ausgestattet worden sind, oder daß die Kinder ungleich große Ausstattungen erhalten haben; auch im letztern Falle müssen die Ausstattungen eingeworfen (conferirt) werden. (Z. XXIII, 230.)

3. Den Kapitalwerth. Es ist weder nöthig, noch selbst gegen den Willen der übrigen Kinder zulässig, daß die Ausstattung in Natura eingeworfen werde. Nur der Kapitalwerth derselben, und nur sofern die ausgestatteten Kinder ihr Erbrecht geltend machen, ist der Verlassenschaft zum Behuf der Theilung beizurechnen. Im Zweifel wird dieser Werth durch billige Schätzung ermittelt.

4. Aussteuer. Einzelne Geschenke und Gaben bei Familienfesten und andern Anlässen sind nicht als Aussteuer anzusehen und daher auch nicht einzuwerfrn. Es ist nur die Aussteuer gemeint, welche bei der Verheirathung des Kindes und der Gründung einer neuen Familie demselben vom Vater mitgegeben wird. Vgl. § 610.

5. Heirathsgut. Vgl. § 609, 3.

6. Die Ausstattung kann auch in einem Rentenkauf bestehen, der für ein Kind geschlossen wird; in diesem Falle ist der Betrag der Einlage einzuwerfen. (Z. XV, 466, Erw. 13 ff.

7. Selbst wenn das Kind etwas aus dem Nachlaß beansprucht, ist es nur insofern einwerfungspflichtig, als die Theilung dazu führt, daß es aus derselben zu der bereits in seinem Vermögen befindlichen Ausstattung hinzu noch etwas erhält; es muß also nicht das Vorempfangene dem Nachlaß vor der Theilung zurückerstattet werden, sondern es ist lediglich in erster Linie dieser dazu zu verwenden, die noch nicht ausgestatteten Kinder auszustatten. (OG. 1884, Nro. 49, 146.)

§ 863.

[1909]. Im Zweifel ist die Bezahlung von Schulden des Kindes von Seite des Vaters, insofern sie als Kapitalverwendung erscheint, als Ausstattung zu behandeln; für periodische Unterstützungen dagegen, auch wenn sie das Maß der Unterstützungspflicht (§ 441) übersteigen, findet in der Regel keine Einwerfung statt. Vorbehalten bleiben rechtsgültige abweichende Anordnungen des Vaters.

1. Bezahlung von Schulden des Kindes. Wenn z. B. ein Vater dem früher schon ausgesteuerten Sohn zur Erweiterung seines Gewerbes oder zur neuen

Begründung einer Fabrikation weitere Kapitalien hingibt, so kann das entweder so geschehen, daß der Sohn für dieses Kapital zum Schuldner des Vaters wird, unter welcher Voraussetzung keine besondere Bestimmung nöthig wird; oder so, daß der Vater zwar den Sohn nicht als Schuldner behandelt, aber dadurch seine Ausstattung vergrößert. Dann bedarf es, um das Recht der übrigen Kinder herzustellen, der Einwerfung. Ebenso ist es zu halten, wenn der Vater, um den Sohn vor drohendem Konkurse zu retten, aushilft und die Gläubiger des Sohnes bezahlt. Auch das ist im Zweifel als Ausstattung zu interpretiren. So wurde es auch gehalten mit dem Betrage, den ein Vater für seinen Sohn verwendete, theils um für ihn Kaution zu leisten behufs Entlassung aus dem Sicherheitsverhaft, theils um ihn dann nach der Entlassung nach Amerika zu spediren (Z. XXII, 300, Erw. 8 ff.).

2. Periodische Unterstützung. Z. B. Um die Oekonomie des Sohnes zu erleichtern, gibt der Vater demselben einen jährlichen Zuschuß von 1000 Franken. Das ist im Zweifel nicht als Kapitalausstattung anzusehen, sondern als Zinsgenuß des Sohnes, der demselben zur Verzehrung überlassen wird. Das so Empfangene ist daher nicht einzuwerfen. Dieser periodischen Unterstützung steht die einmalige und vorübergehende gleich, wenn sie ebenso für die laufenden Ausgaben gegeben ist. Z. B. Der Vater bezahlt dem Sohne die Kosten einer Reise.

3. Vorbehalten bleiben u. s. f. Da es hier theils auf die Willensmeinung der Kontrahenten, theils auf die einseitige Willensverfügung des Vaters ankommt, so ist der Vormerkung derselben in seinen Büchern und seiner letztwilligen Verordnung ein entscheidendes Gewicht beizulegen. Die wirkliche Meinung ist gewöhnlich aus diesen Aeußerungen zu erkennen und dann zu beachten. (Vgl. Z. XVI, 47, Erw. 16.)

4. Auf die Bemerkung, daß jedenfalls die Rücksicht auf den Pflichttheil vorzubehalten sei, wurde entgegnet, die Erwähnung des Pflichttheils sei hier überflüssig, weil die gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil allgemeine Anwendung finden auf alle Dispositionen des Vaters.

§ 864.

[1910]. Ist die Aussteuer oder das Heirathsgut aus dem mütterlichen Vermögen hergekommen, so ist der Werth derselben in die mütterliche Verlassenschaft wieder einzuwerfen, wenn diese zur Theilung kommt.

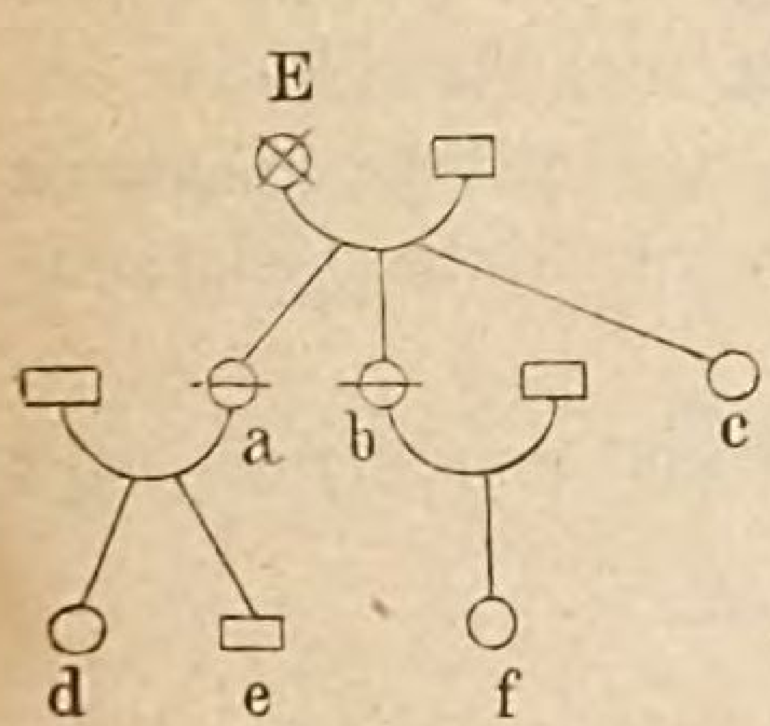
1. Wenn keine besondern Gründe für das Gegentheil vorliegen, so ist anzunehmen, der Vater, dem zunächst die Ausstattung seiner Kinder zukommt, habe dieselbe aus seinem eigenen Vermögen entrichtet. (B. XIV, 336, Z. XXI, 305.) Dann bezieht sich die Einwerfungspflicht bloß auf die väterliche, nicht auf die mütterliche Wirthschaft. Es ist aber möglich, daß der Vater, der für sich geringes Vermögen hat, während der Mutter ein bedeutendes Vermögen zugehört, in Anbetracht des letztern Vermögens dem Kinde eine größere Ausstattung zukommen läßt, (s. § 609, 5). Dann ist es gerechtfertigt, die Einwerfungspflicht, sei es ganz sei es theilweise, auf die mütterliche Verlassenschaft zu beziehen. Stirbt z. B. die Mutter bei Lebzeiten des Vaters, so wäre es in diesem Falle unbillig, wenn der Vater die ganze Erbschaft der Mutter, die durch jene Ausstattung erheblich geschwächt worden, den Kindern herausgeben müßte. Das Stadterbrecht von 1716 Thl. II. § 4 enthielt darüber folgende Bestimmung: „Wann ein Vater, in Konsideration seiner Hausfrauen großer Mitteln, denen Kindern ansehnliche

und namhafte Heurath-Güter hinausgeben würde, mag er zween Drittel von solchen Heurath-Gütern, zu Falls-Zeiten den Kindern an ihrem ererbenden Mutter-Gut wiederum abziehen." Der Grundgedanke derselben wurde in das Gesetz aufgenommen, aber die willkürliche Berechnung vermieden. Das richtige Verhältniß kann nur im einzelnen Fall nach den besonderen Umständen, und wo völlig sichere Angaben fehlen, nach billigem Ermessen bestimmt werden. Vorerst ist hier auf die Erklärungen des Vaters und der Mutter selbst zu achten und im Uebrigen die Größe der beiderseitigen Vermögen im Verhältniß zur Ausstattung in Betracht zu ziehen.

§ 865.

[1911]. Die Pflicht, einzuwerfen, welche auf dem Sohne und der Tochter ruht, insofern sie Erben werden, lastet auch auf den Enkeln, wenn diese zur Erbfolge kommen; und zwar auch dannzumal, wenn der in der Ausstattung liegende Werth den Enkeln nicht zugekommen ist.

Erläuterung:



b hat wie a 2000 Franken Aussteuer empfangen und gerieth später in Konkurs; f muß sich in der Verlassenschaft des Großvaters diese Summe in Anrechnung bringen lassen so gut wie d + e, deren Vater a seine Aussteuer von 2000 Franken ihnen hinterlassen hat.

1. So müssen sich auch die Kinder eines enterbten Sohnes, so weit der Erblasser nichts Anderes verfügt hat, dasjenige an ihrem Erbtheil abrechnen lassen, was ihr Vater einwerfen müßte, auch wenn es ihnen nicht zugekommen ist. (Z. XXII, 299, Erw. 6.)

§ 866.

[1912]. Erziehungskosten für einen Sohn oder eine Tochter, auch wenn dieselben in ausgezeichnetem Maße verwendet worden sind, sind in der Regel, soweit nicht der Vater durch letzten Willen oder auf andere Weise eine abweichende Bestimmung getroffen hat, nicht einzuwerfen.

1. Erziehungskosten. Z. B. ein Sohn wird auf eine Universität geschickt oder eine Tochter in einem Erziehungsinstitut versorgt. Obwohl diese Kosten für die verschiedenen Kinder sehr ungleich sein können, so werden sie doch so wenig, als die möglicher Weise auch verschiedenen Unterhaltungskosten in Anrechnung gebracht. Sie sind vielmehr als laufende Ausgaben des Lebens, nicht als Kapitalverwendungen zu betrachten. (So auch das Stadt-Erbr. Th. II, § 11.) Indessen sind Ausnahmen zulässig. Es kann z. B. ein Vater, der geringes Vermögen und mehrere Kinder hat, im Interesse der Ausbildung eines Sohnes sich entschließen, in sein Kapital einzugreifen und damit die Erziehungskosten des Sohnes zu bestreiten, und unter dieser Voraus-

setzung es unbillig finden, daß der Sohn diese Kapitalverwendung ohne Abrechnung an seinem Erbtheil vor seinen Geschwistern voraus erhalte. Um die natürliche Gleichheit herzustellen, kann er daher verordnen, es sei dieselbe ganz oder theilweise bei der Erbtheilung dem Sohne anzurechnen.

2. Oder auf andere Weise, z. B. in einer besondern Urkunde. Immer aber bedarf es einer bestimmten Willenserklärung des Vaters, und es genügen dazu weder die bloße regelmäßige Aufzeichnung derartiger Ausgaben von Seite des Vaters noch bloße mündliche Aeußerungen desselben an dritte Personen, er werde den Söhnen das später anrechnen. (Z. VII, 172.)

§ 867.

[1913]. Sind noch unerzogene Kinder neben erzogenen vorhanden, so ist nach Umständen und Vermögen aus dem gemeinen Erbgute ein billiger Voraus für die Erziehung der unerzogenen Kinder vorweg zu nehmen.

1. Vgl. Stadt-Erbr. Th. II, § 12. Das Maß des Voraus ist im einzelnen Fall durch billiges Ermessen zu bestimmen. Da dieser Voraus nur als Modifikation der erbrechtlichen Regel aus Billigkeitsgründen zugelassen wird, so darf derselbe jedenfalls nicht die Erbtheile ganz oder größern Theils aufzehren, sondern nur einen verhältnißmäßig untergeordneten Theil der Verlassenschaft betragen.

2. Bei der Berechnung des Pflichttheils muß dieser Voraus zum voraus vom Betrage des Nachlasses abgezogen werden. (HGB. VI, 122.)

§ 868.

[1914]. Nachgeborene Kinder erben, insofern anzunehmen ist, daß sie zur Zeit des Todes des Erblassers bereits erzeugt waren (§ 648).

1. Nachgeborne Kinder. Wenn der Vater mit Hinterlassung einer schwangern Wittwe stirbt, so ist das nach seinem Tode lebendgeborne Kind als sein eheliches Kind auch berechtigt, an der väterlichen Erbschaft theilzunehmen. Würde es todt geboren, so wäre es nie Person, und daher auch nicht Erbe geworden. (Vgl. § 9.) Ein Kind, welches nach 300 Tagen nach dem Tode des Erblassers geboren wird, gilt nicht als dessen eheliches Kind und erbt daher nicht.

2. Die Fälle, in denen ein nachgebornes Kind in einer andern Parentel als in der seines Vaters erbrechtlich berufen wird, sind äußerst selten und werden in dem Gesetz nicht besonders erwähnt. Das Prinzip der Entscheidung ist aber das nämliche. (Vgl. § 909.) Wenn z. B. A stirbt und eine schwangere Wittwe seines Bruders B ihn überlebt, so wird das von dieser geborne Kind des B Erbe des A.

§ 869.

[1915]. Adoptivkinder und deren eheliche Nachkommen haben in der Verlassenschaft des Adoptivvaters oder der Adoptivmutter gleiches Erbrecht wie eheliche Nachkommen (§§ 849 u. ff.).

1. Das Erbrecht der Adoptivkinder in der Verlassenschaft der Adoptiveltern ist eine Folge des in § 725 ausgesprochenen Grundsatzes, daß jene in die Familie dieser eintreten und alle Rechte von ehelich gebornen Kindern derselben erwerben. Der Mangel der Fortpflanzung des Blutes wird hier durch die freie Nachbildung des Kindesverhältnisses ersetzt. Da nur solche Personen adoptiren können, die keine ehelichen Kinder haben, so werden in der Regel durch die Adoptivkinder nur die Seitenverwandten ausgeschlossen. Indessen ist es möglich, daß die Adoptiveltern später noch eheliche Kinder erhalten; dann konkurriren mit diesen die Adoptivkinder gleich leiblichen Geschwistern.

2. Und deren eheliche Nachkommen. Diese Worte sind nach dem Muster des Entw. 1878 zur Verdeutlichung eingeschoben worden. Sie entsprachen nach einem von Bluntschli abgegebenen Gutachten, welches vom Obergerichte gebilligt wurde, schon dem alten Recht. (OG. 1876, Nro. 11.)

§ 870.

[1916]. Mit Bezug auf die Verlassenschaft ihrer natürlichen Eltern ist das Erbrecht der adoptirten Kinder unter der Voraussetzung, daß neben ihnen noch andere eheliche, nicht in Adoption gegebene Nachkommen vorhanden sind, in dem Sinne beschränkt, daß die adoptirten Kinder auf die in den §§ 851 bis 853, 855, 856, 858 und 859 bezeichneten Vorzugsrechte keinen Anspruch haben und von dem gemeinen Erbgute nur einen halben Kindestheil (Sohnes- oder Tochtertheil, je nach ihrem Geschlechte) erhalten.

Konkurriren keine anderen ehelichen Nachkommen mit ihnen, so haben sie das volle Erbrecht der ehelichen Kinder auch in der Verlassenschaft ihrer natürlichen Eltern.

1. Verlassenschaft ihrer natürlichen Eltern. Vgl. § 727. Die Adoptivkinder hören nicht auf, natürliche Kinder ihrer natürlichen Eltern zu bleiben; sie sind in der That doppelt verwandt; einmal als Glieder der gewählten Familie, und zweitens als Glieder der angebornen Familie. Aber es ist billig, daß ihr Erbrecht in der letztern im Interesse der in derselben ausschließlich gebliebenen Kinder einigermaßen beschränkt werde, da sie durch Eintritt in die Wahlfamilie doch einigermaßen der natürlichen Familie entfremdet werden und überdem in jener schon als Kinder erbrechtlich bedacht sind.

2. Das volle Erbrecht der ehelichen Kinder. Z. B. der Sohn A und die Tochter B des Vaters C sind von D adoptirt worden und nach dem Tode des C die einzigen Nachkommen desselben. Der Sohnsvortheil kommt dem A zu, im Uebrigen theilen Beide den Nachlaß zu gleichen Theilen.

3. Sohnes- oder Tochtertheil. Dies und der ganze Inhalt der Parenthese paßt nun nicht mehr, nachdem in § 857 die Gleichberechtigung der Söhne und Töchter ausgesprochen worden ist.

B. Erbfolge der väterlichen und mütterlichen Parentel.

§ 871.

[1917]. Sind keine ehelichen Nachkommen des Erblassers vorhanden, wohl aber seine beiden ehelichen Eltern noch am Leben, so fällt seine Verlassenschaft diesen zu.

1. Bluntschli schreibt: „Bisher waren in dem größten Theile des Kantons einzig die väterlichen Verwandten, die sogenannten Vatermagen, mit Ausschließung der Mutter und der mütterlichen Verwandten für erbfähig erklärt und nur in einem kleinen Theile ein Erbrecht der Mutterseite neben der Vaterseite anerkannt. Es entstand daher die Frage: soll das bisherige System beibehalten oder durch ein neues Erbrecht ersetzt werden? Schon seit Jahren wurde diese Frage vielseitig erörtert und in einer frühern, in der Mitte des Großen Rathes selbst abgehaltenen Verhandlung darüber schien die Meinung, daß das alte Recht zu ändern und ein natürliches System der ehelichen Blutsverwandtschaft einzuführen sei, das Uebergewicht zu erlangen. Seither hatte diese Meinung unverkennbar an Stärke und Verbreitung zugenommen. In der Kommission machten sich Anfangs verschiedene Ansichten geltend. Es lagen eine Reihe von Entwürfen vor, welche eine Mischung der verschiedenen Systeme versuchten. Schon der erste Entwurf des Redaktors hatte ein Uebergangssystem vorgeschlagen, welches die mütterliche Verwandtschaft zwar zur Erbschaft zuließ, aber der väterlichen Verwandtschaft noch gewisse Vorzüge gestattete; von andern Mitgliedern der Kommission wurden ähnliche, zum Theil einfachere Vorschläge in gleichem Sinne gemacht. Der zweite Entwurf des Redaktors ging weiter und schlug vor, von dem bisherigen Recht hier völlig abzusehen und ein neues, auf natürlichen Grundsätzen beruhendes, und in sich konsequentes Erbsystem einzuführen. Diese Ansicht wurde nach reifen Erwägungen in der Kommission mit großer Mehrheit und im Großen Rathe sodann einmüthig gutgeheißen.

Das alte System, welches nur die Verwandtschaft vom Vater dem väterlichen Großvater, Urgroßvater u. s. f. her anerkennt, von der Mutter aber und den mütterlichen Verwandten keine Notiz nimmt, hat sich im Gesetz und in der Gewohnheit allerdings bis auf unsere Tage fortgeerbt. Aber es stimmt nicht mehr mit den Familienansichten und Familienverhältnissen unsrer Zeit überein. Der natürliche Zusammenhang mit dem Leben ist nicht mehr da. Die Gründe dieses Systems sind uns zum Theil unverständlich geworden, zum Theil widerstreiten sie den natürlichen Prinzipien, welche überall in dem zivilisirten Europa und auch unter uns als wahr erkannt werden. Das ganze System erscheint daher dem modernen Bewußtsein wie eine merkwürdige Antiquität, nicht als eine natürliche Rechtsordnung. Es kommt uns geradezu als eine Barbarei vor, daß die Mutter, welche das Kind geboren und erzogen hat, und welche dem Kinde auch ihr Vermögen hinterläßt, wenn sie ihr Kind überlebt, dasselbe nicht beerben dürfe, sondern durch irgend einen dem nächsten Familienkreise ganz fremden väterlichen Vetter von der Erbschaft ausgeschlossen werde. Wir verstehen nicht mehr, warum denn eine Halbschwester vom Vater her ihren Bruder beerben, ein Halbbruder desselben von der Mutter her aber denselben nicht beerben solle, da doch alle drei Geschwister unter sich gleich nahe verwandt sind. Wir begreifen es nicht, daß der väterliche Onkel erbfähig, der mütterliche Onkel nicht erbfähig sei, während der

Blutszusammenhang und die Pietätsverbindung in beiden Fällen die gleiche ist. Die Nähe der Verwandtschaftskreise, der Familien im engern Sinn, erscheint uns wohl sehr beachtenswerth. Wir halten daher an dem System fest, daß je die Nachkommen der nähern Familie die der entfernteren Familie oder Parentel ausschließen. Aber der Unterschied der väterlichen und der mütterlichen Verwandten ist uns unerheblich geworden und wir können nicht länger billigen, daß jene diese vom Erbrechte ganz verdrängen, während im Familienleben, wenn es gilt, Familienfreuden zu feiern, die Familientrauer zu theilen, einander mit Rath und That beizustehen, in Nothfällen sich zu unterstützen und bei Hochzeiten, Taufen, Gevatterschaften sich mit Gaben zu bedenken, die mütterlichen Verwandten nicht minder in Anspruch genommen werden, als die väterlichen. Es scheint uns ungerecht, daß wir unsre Mütter, unsre mütterlichen Großeltern und eine Reihe von mütterlichen Verwandten beerben, sie aber von unsrer Erbschaft ausgeschlossen bleiben sollen.

Ueberzeugte man sich aber von der Nothwendigkeit wichtiger Aenderungen, dann schien es auch weit besser, eine gründliche prinzipielle Reform vorzunehmen, deren Sinn Jedermann klar werde, und die einen Anspruch auf Dauer habe, als auf Mittel zu denken, um die ältern und neuern Grundsätze neben einander zu berücksichtigen und ein künstliches System zu schaffen, welches zwar das alte Prinzip und die alten Gewohnheiten durchbrechen, aber die neuen Bedürfnisse und Ansichten nur ungenügend befriedigen und daher in kurzer Zeit wieder sich als unhaltbar erweisen würde.

Das Prinzip des neuen mit der modernen Entwicklung des Erbrechts in Europa wesentlich übereinstimmenden Erbsystems läßt sich in Kürze so aussprechen:

Alles natürliche Erbrecht beruht auf der Fortpflanzung in der Familie. Wie die Kinder von den Eltern ihr körperliches Dasein ableiten und die Eltern so gewissermaßen in dem Blut (der Rasse) der Kinder fortleben, so fällt naturgemäß auch das elterliche Gut nach dem Tode den Kindern an. Sind keine Nachkommen des Erblassers da, so muß man zu den Eltern desselben aufsteigen, damit der nämliche Zusammenhang des Blutes und der Fortpflanzung klar werde, und wieder soll das Gut nach denselben Verhältnissen beerbt werden, nach denen das Blut fortgepflanzt worden ist. Das ist die Idee des angenommenen Parentelsystems.

Wie nun jedes Individuum seinen Leib (sein Blut) von dem Vater und der Mutter her erhalten hat, und wie im Großen betrachtet, jeder Mensch sein Erbgut von zwei Seiten her, von dem Vater und von der Mutter, von seinen väterlichen Vorfahren und deren Nachkommen einerseits, und von seinen mütterlichen Vorfahren und deren Nachkommen anderseits ererbt hat, so ist es naturgemäß, daß auch seine eigene Verlassenschaft nach diesen beiden Seiten, nach der väterlichen und der mütterlichen Seite zurückgehe, wenn man in Ermanglung von eigenen Kindern des Erblassers genöthigt ist, wieder zurück zu gehen und aufwärts zu steigen, um den Bluts- und Familienzusammenhang zu bemessen. Eine genaue Ausmittelung der beiden Bestandtheile in der Verlassenschaft, der Nachweis, woher dieses oder jenes Stück gekommen sei, ist nun aber überaus schwierig, weil die Erinnerung an die Herkunft der einzelnen Vermögenstheile sich mit der Zeit verwischt und das Leben alle diese Theile vielfältig mischt und ändert. Sie ist fast so schwierig, wie die Untersuchung, ob Jemand in seiner Rasse mehr väterliche oder mehr mütterliche Anlagen und Neigungen empfangen habe. Ueberdem wäre eine solche genetische Sonderung im Einzelnen für das erworbene Vermögen nicht maßgebend und wir bedürften für dieses immer wieder eines andern Theilungsprinzips. Daher ist es gerathener, nach dem Vorbild anderer

neuerer Gesetzgebungen, insbesondere der französischen und der österreichischen, durch den Grundsatz zweier gleichen Hälften jene Schwierigkeiten abzuschneiden und die eine Hälfte der Vaterseite, die andere der Mutterseite zuzuwenden.

Je näher die Familienkreise (Parentelen) sind, desto größere Genauigkeit im Einzelnen ist erforderlich; je entfernter sie werden, desto weniger nothwendig ist es, ängstlich zu erwägen, auf welchen Wegen im Einzelnen die Verwandtschaft vermittelt sei, desto mehr tritt das Bedürfniß nach einer einfachen Regel hervor, welche die Verwicklungen durchschneidet." Aus diesen Gründen wird die Stammtheilung innerhalb der elterlichen Parentelordnung vollständig, in der großelterlichen aber nur bis zu den Geschwisterkindern gutgeheißen, für die fernern Linien dagegen die einfache Kopftheilung vorgeschrieben, ferner die Urgroßeltern als das äußerste Glied erbfähiger Verwandtschaft anerkannt.

§ 872.

[1918]. Dem Vater gebührt an der Verlassenschaft seines Sohnes das gleiche Vorzugsrecht, welches den Söhnen an der Verlassenschaft ihres Vaters zusteht (§§ 851 bis 853, 855 und 856).

An der Verlassenschaft der Tochter dagegen hat er kein Vorzugsrecht.

1. Das gleiche Vorzugsrecht, d. h. er darf die Liegenschaften des Sohnes um ermäßigten Schatzungswerth, den Werkzeug und die Berufsvorräthe um den vollen Werth, die Kleidung und Ausrüstung ohne Ersatz an die Erbmasse, die Bibliothek, Sammlungen, Schmuck bis auf fünf Hundertstel der reinen Verlassenschaft ohne Ersatz, über diesen Werth gegen Ersatz an sich ziehen.

§ 873.

[1919]. Der Mutter kommt an der Verlassenschaft ihrer Tochter dasselbe Vorzugsrecht zu, welches diese an der mütterlichen Verlassenschaft hat (§ 858).

1. Dasselbe Vorzugsrecht, d. h. die Mutter kann ohne Ersatz an die Masse die Kleider, das zugeschnittene Weißzeug, die Arbeitsgeräthschaften und die Bücher der Tochter voraus wegnehmen und überdem den Schmuck, die Kleinodien und den Sparhafen der Tochter, wenn dieselben den Werth von fünf Hundertstel der reinen Verlassenschaft nicht übersteigen, ohne Ersatz, wenn sie einen größern Werth haben, gegen Ersatz des Mehrwerthes an sich bringen. Das Obergericht nahm in einem Falle an, dieses Vorzugsrecht der Mutter finde keine Anwendung, wenn die Tochter als Ehefrau sterbe, indem ihre Fahrhabe, wozu auch die Kleider gehören, dannzumal dem Ehemann zufalle. (Z. XIII, 366.) Gwalter hat sich zwar an dieser Stelle gegen jene Ansicht ausgesprochen; allein das Obergericht hat auch in einem spätern Urtheil an derselben festgehalten. (Z. XXIII, 232, Nro. 92.)

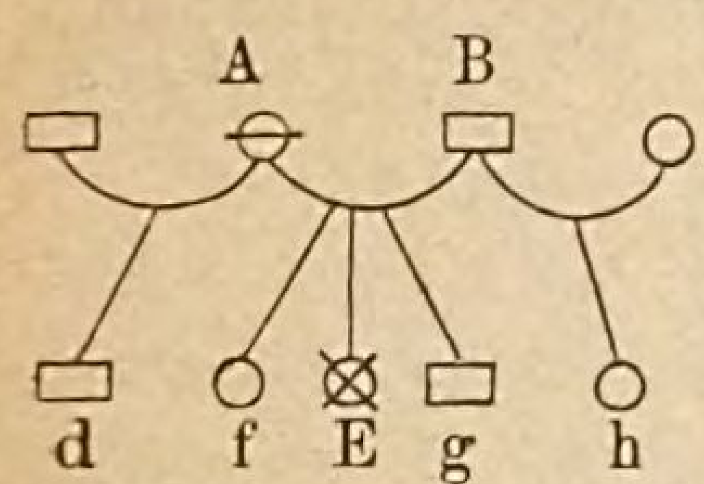
§ 874.

[1920]. Die gemeine Erbmasse wird im Uebrigen zu gleichen Theilen zwischen Vater und Mutter getheilt.

§ 875.

[1921]. Ist nur der eine Theil der beiden Eltern noch am Leben, aber eheliche Nachkommen von dem verstorbenen Theile vorhanden, so erhält jener den ihm als Vater oder als Mutter gebührenden Erbantheil, und es fällt der Erbantheil, den der verstorbene Vater oder die verstorbene Mutter erhalten haben würde, den ehelichen Nachkommen derselben zu.

Erläuterung:



Die eine Hälfte der Verlassenschaft mit dem Voraus des Vaters (§ 872) fällt an d + f + g zu gleichen Theilen, die andere Hälfte an die noch lebende Mutter B.

1. Wäre in obigem Beispiel der Vater A noch am Leben, die Mutter B aber gestorben, so käme die eine Hälfte der Verlassenschaft mit dem Voraus des Vaters diesem zu und die andere Hälfte würde an die Geschwister f, g und h fallen.

§ 876.

[1922]. Wenn nur entweder der Vater oder die Mutter den Erblasser überlebt hat, der andere Theil der Eltern aber vorher verstorben ist und keine ehelichen Nachkommen von demselben vorhanden sind, so fällt die ganze Verlassenschaft jenem überlebenden Theile zu.

§ 877.

[1923]. Sind beide Eltern verstorben, aber eheliche Nachkommen derselben, Geschwister des Erblassers, oder Kinder oder Enkel von Geschwistern vorhanden, so fällt der Theil der Verlassenschaft, welcher an den Vater gekommen wäre, den Nachkommen desselben, und der Theil, welcher der Mutter gebührt hätte, ihren Nachkommen zu.

§ 878.

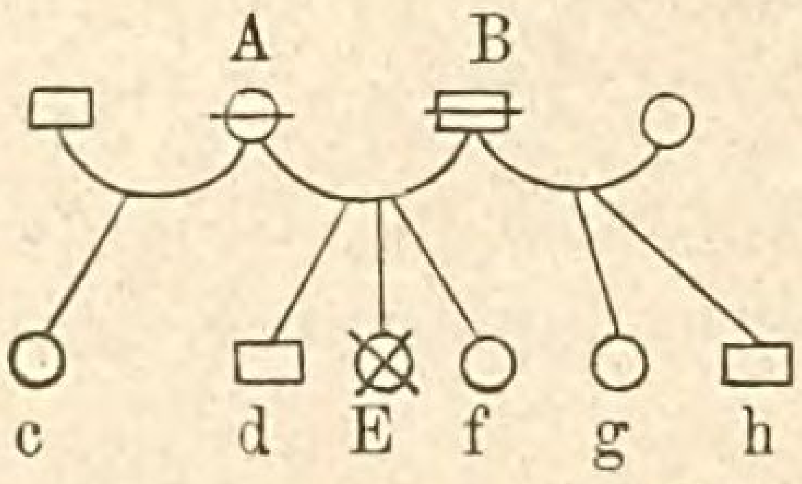
[1924]. Es konkurriren somit in diesem Falle vollbürtige Geschwister des Erblassers mit halbbürtigen Geschwistern desselben, insofern solche vorhanden sind, in der Weise, daß die ersteren von Vater und Mutter her, die letzteren dagegen nur von dem Theile der Eltern her, den sie mit dem Erblasser gemein haben, einen Erbantheil beziehen.

Vgl. die Erläuterung zu § 879.

§ 879.

[1925] Wenn kein Elterntheil, sondern nur Geschwister oder deren Nachkommen erben, so hört jedes Vorzugsrecht auf.

Brüder und Schwestern von gleichem Stamme theilen den ihnen zufallenden Erbantheil gleichmäßig.



Erläuterung:

Die väterliche Hälfte der Verlassenschaft ohne Voraus fällt an c + d + f, die mütterliche Hälfte an d + f + g + h.

c erhält also $^4/_{24}$ der ganzen Verlassenschaft,
d „ „ $^7/_{24}$ „ „ „
f „ „ $^7/_{24}$ „ „ „
g „ „ $^3/_{24}$ „ „ „
h „ „ $^3/_{24}$ „ „ „

1. Wäre in obigem Beispiel c gestorben, aber zwei Kinder desselben i und k am Leben, so würden diese zusammen vier Vierundzwanzigstel erhalten, d. h. der Neffe i des Erblassers E zwei Vierundzwanzigstel und die Nichte k zwei Vierundzwanzigstel.

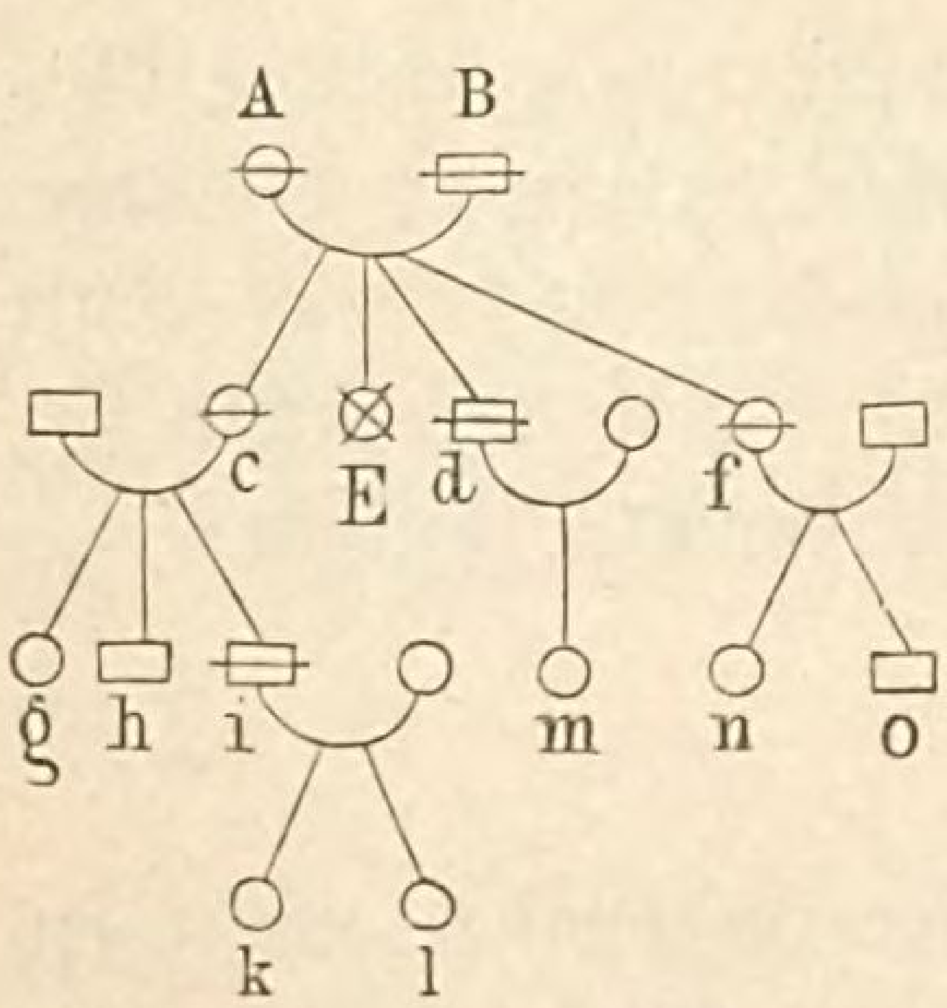
2. Von gleichem Stamme gleichmäßig. Die Ungleichheit des Erbrechts der vollbürtigen und der halbbürtigen Geschwister (§ 878) wird nur insoferne wirksam, als jene von beiden elterlichen Stämmen, diese nur von dem einen her erben. Vollbürtige Geschwister erhalten daher immer gleiche Theile; ebenso die halbbürtigen Geschwister je des nämlichen Stammes, nicht aber nothwendig halbbürtige Geschwister von verschiedenen Stämmen. In obigem Beispiel erhält der Halbbruder c vier Vierundzwanzigstel, weil vom Vater A drei Kinder c, d und f vorhanden sind, die zusammen zwölf Vierundzwanzigstel zu theilen haben, während die Halbgeschwister g und h, die mit den Vollgeschwistern d und f die mütterliche Hälfte gleichmäßig theilen, je drei Vierundzwanzigstel erhalten.

§ 880.

[1926]. In der Parentelordnung der Eltern gilt unbeschränktes Eintrittsrecht und Stammtheilung.

Erläuterung:

Die Verlassenschaft zerfällt in drei gleiche Theile.



$^1/_3$ fällt an den Stamm c,
$^1/_3$ „ „ „ „ d,
$^1/_3$ „ „ „ „ f.

g erhält $^2/_{18}$ der ganzen Verlassenschaft,
h „ $^2/_{18}$ „ „ „
k „ $^1/_{18}$ „ „ „
l „ $^1/_{18}$ „ „ „
m „ $^6/_{18}$ „ „ „
n „ $^3/_{18}$ „ „ „
o „ $^3/_{18}$ „ „ „

§ 881.

[1927]. Stirbt ein Adoptivkind, ohne erbberechtigte Nachkommenschaft zu hinterlassen, und sind noch Adoptiveltern am Leben, so fällt die eine Hälfte seiner Verlassenschaft diesen, die andere Hälfte den natürlichen Erben zu.

Unter den Adoptiveltern selbst besteht kein Vorzugsrecht.

Ist weder Adoptivvater noch Adoptivmutter mehr am Leben, so kommt das Erbrecht der natürlichen Familie zu voller Anwendung.

1. Die einzige Aenderung, welche in diesem Paragraph getroffen worden ist, besteht darin, daß statt „eheliche" gesetzt worden ist „erbberechtigte", weil auch die uneheliche Nachkommenschaft erbberechtigt sein kann (s. §§ 892 u. ff.), und kein Grund vorhanden ist, sie in diesem Falle vom Nachlaß auszuschließen. Das war übrigens nach dem alten § 1939 wohl auch schon früher die Meinung.

2. Adoptiveltern am Leben. Wenn auch nur der Adoptivvater oder die Adoptivmutter am Leben ist, so kommt denselben doch die Hälfte der Verlassenschaft des Adoptivkindes zu. Hat nur Ein Ehegatte adoptirt, so hat auch er allein dieses Erbrecht geltend zu machen. Die ehelichen Kinder des verstorbenen Adoptivvaters haben überall kein Erbrecht in die Verlassenschaft des Adoptivkindes.

3. Kein Vorzugsrecht. Die beiden Adoptiveltern theilen somit die ganze Verlassenschaft gleich unter sich.

4. Die andere Hälfte den natürlichen Erben. Die Adoptiveltern erhalten somit nicht mehr als die Hälfte, auch dann nicht, wenn in der natürlichen Familie des Adoptivkindes nur Erben aus entfernteren Parenteln vorhanden sind.

C. Erbfolge der großelterlichen Parentelen.

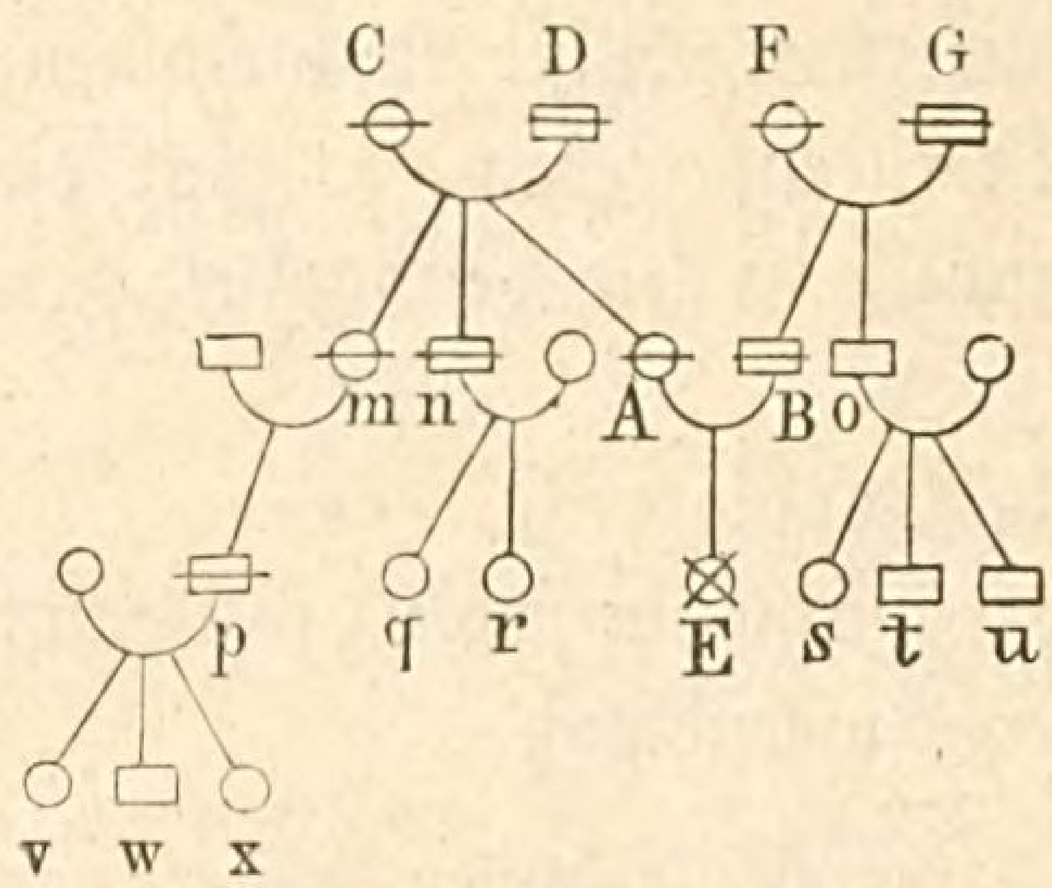
§ 882.

[1928]. Sind weder eheliche Nachkommen des Erblassers, noch auch Erben innerhalb der Parentel der Eltern vorhanden, so beginnt die Erbberechtigung der Großeltern des Erblassers und ihrer ehelichen Nachkommenschaft.

Vgl. über das Prinzip der Parentelenordnung § 871, 1.

§ 883.

[1929]. Die eine Hälfte der Verlassenschaft fällt auf Seite der Großeltern vom Vater her und ihrer ehelichen Nachkommen, die andere Hälfte auf Seite der Großeltern von der Mutter her und deren eheliche Nachkommenschaft. Vorbehalten bleibt § 887.



Erläuterung:

Die eine Hälfte fällt an den Stamm der väterlichen Großeltern C + D, und zwar so, daß dieselbe wieder in die zwei Stämme des Onkels m und der Tante n zerlegt wird. Die andere Hälfte fällt an den Stamm der mütterlichen Großeltern F + G und kommt, wenn die Tante o noch lebt, dieser allein, wenn sie gestorben ist, ihren drei Kindern s + t + u zu.

v erhält $^2/_{24}$ der Verlassenschaft,
w " $^2/_{24}$ " "
x " $^2/_{24}$ " "
q " $^3/_{24}$ " "
r " $^3/_{24}$ " "

Wenn o lebt, empfängt sie $^{12}/_{24}$; ist sie todt, so erhalten
s $^4/_{24}$,
t $^4/_{24}$,
u $^4/_{24}$.

1. Vorbehalten bleibt § 887. So heißt es in der Referendumsausgabe, und in der Off. S. Bd. XXI, 577. Das ist aber ein Druckfehler; es sollte heißen § 889. (Vgl. § 889, 1.)

§ 884.

[1930]. Sind nur auf väterlicher oder nur auf mütterlicher Seite Erben vorhanden, welche dieser Parentelordnung angehören, so fällt die ganze Verlassenschaft dieser zu.

1. Die nähere Parentel schließt die entferntere aus, und zwar nicht bloß auf der nämlichen Seite, sondern überhaupt. So lange aus irgend einer großelterlichen Parentel, sei es auf der Vater- oder Mutterseite, Erben vorhanden sind, steigt man nicht weiter aufwärts zu den Urgroßeltern.

§ 885.

[1931]. Die Großeltern selbst schließen die von ihnen abstammenden Nachkommen und von diesen je die näheren die durch sie vermittelten entfernteren aus.

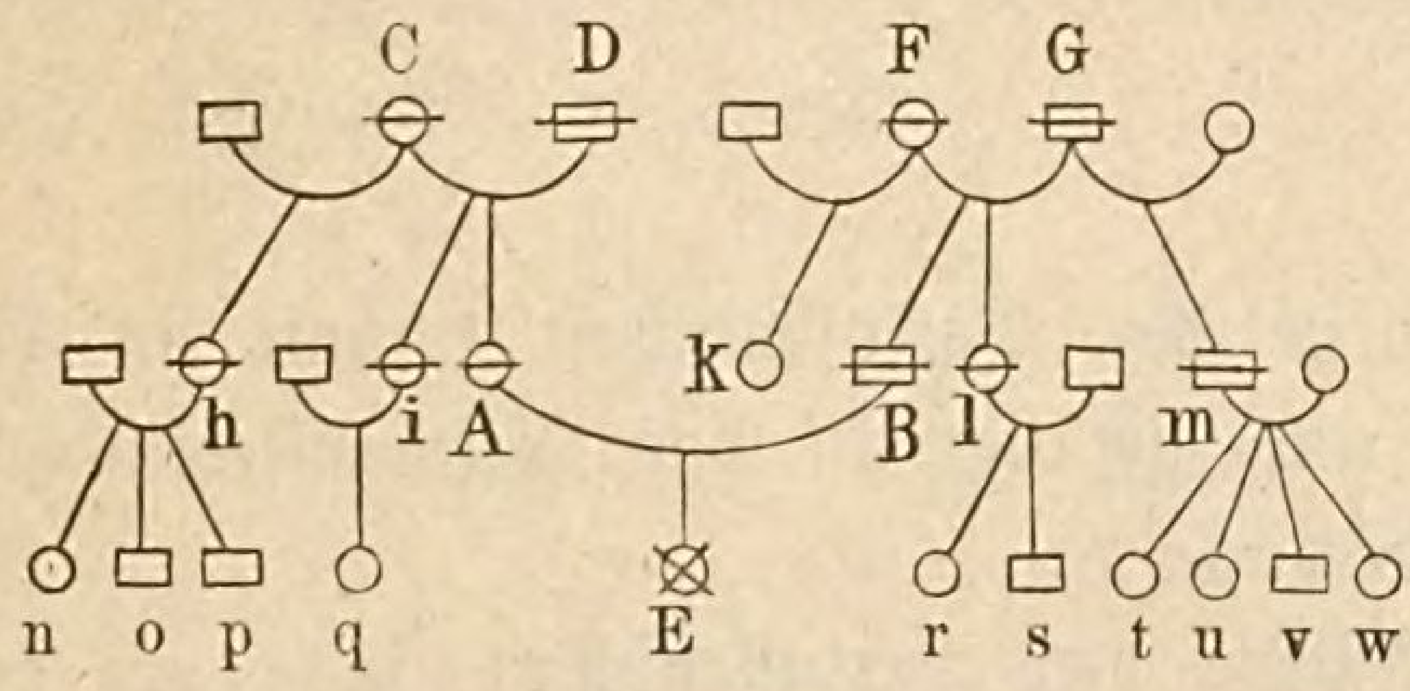
Siehe Erläuterung zu § 883.

1. Wären in dem zur Erläuterung des § 883 angeführten Beispiel die mütterlichen Großeltern F und G noch am Leben, so würden sie die eine Hälfte der Verlassenschaft erhalten, und zwar F sechs Vierundzwanzigstel und G sechs Vierundzwanzigstel.

§ 886.

[1932]. Sind auf Seite der väterlichen Großeltern oder auf Seite der mütterlichen Großeltern aus zwei verschiedenen Stämmen Erben vorhanden, so wird die väterliche oder die mütterliche Hälfte der Verlassenschaft weiter nach diesen Stämmen vererbt.

Erläuterung:



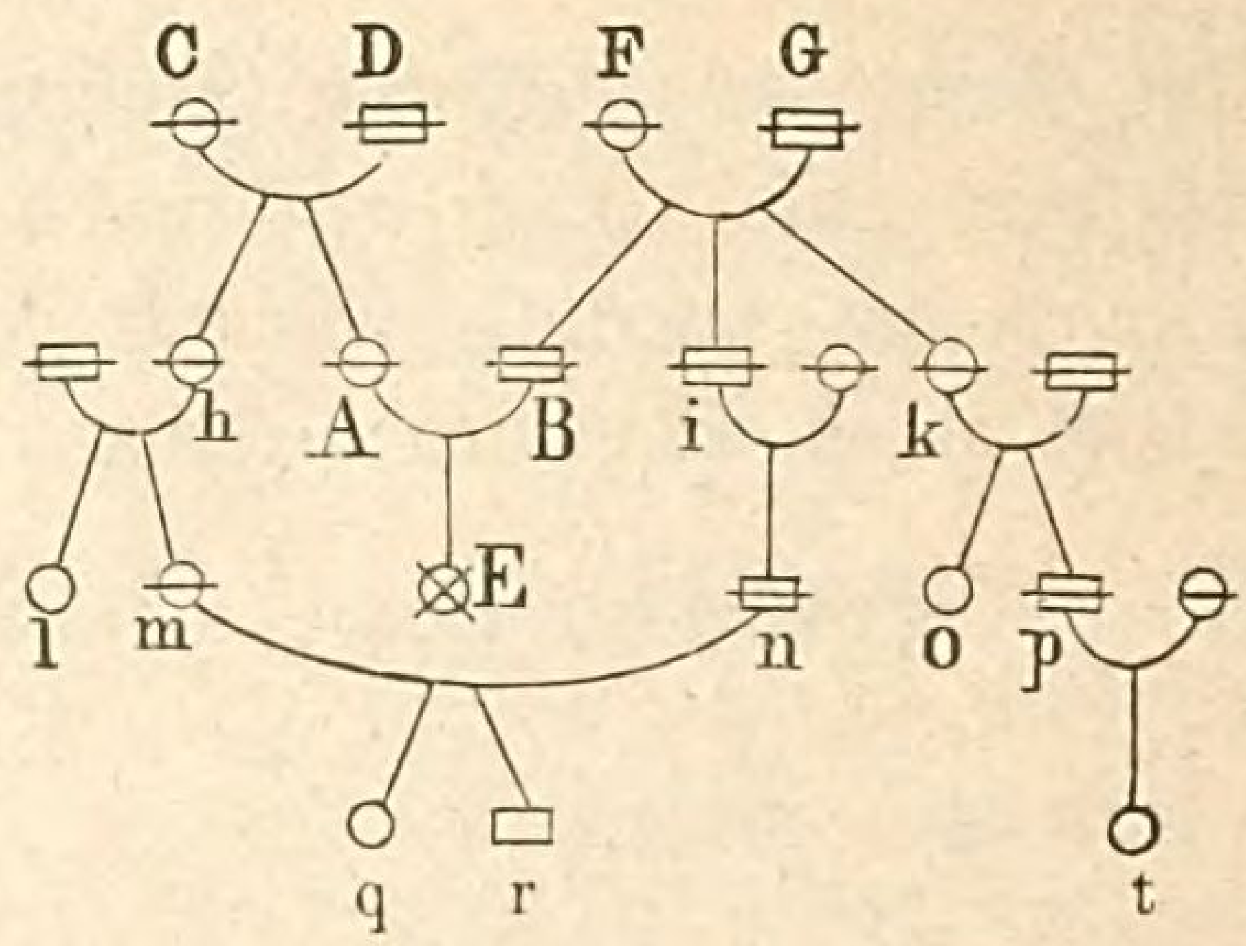
Die eine Hälfte fällt an die großelterlichen Stämme C + D auf der Vaterseite, die andere an die großelterlichen Stämme F + G auf der Mutterseite, und zwar haben Theil an dem $^1/_4$ des Großvaters C dessen Enkel n + o + p + q, an dem $^1/_4$ der Großmutter D deren Enkel q, an dem $^1/_4$ des Großvaters F dessen Sohn k und die Enkel r + s, an dem $^1/_4$ der Großmutter G deren Enkel r + s + t + u + v + w.

n	erhält	$^1/_{24}$	der	Verlassenschaft,
o	"	$^1/_{24}$	"	"
p	"	$^1/_{24}$	"	"
q	"	$^3/_{24} + {}^6/_{24} = {}^9/_{24}$	"	"
k	"	$^4/_{32}$	"	"
r	"	$^2/_{32} + {}^2/_{32} = {}^4/_{32}$	"	"
s	"	$^2/_{32} + {}^2/_{32} = {}^4/_{32}$	"	"
t	"	$^1/_{32}$	"	"
u	"	$^1/_{32}$	"	"
v	"	$^1/_{32}$	"	"
w	"	$^1/_{32}$	"	"

§ 887.

[1935]. Wenn ein Erbe sowohl der Vaterseite als der Mutterseite angehört, so erbt er auf beiden Seiten, und wenn er verschiedenen Stämmen der einen oder anderen Seite angehört, soweit die Stammtheilung reicht, auch nach seiner Stellung in diesen Stämmen.

Erläuterung:



Die eine Hälfte der Verlassenschaft kommt an den großelterlichen Stamm C + D und gelangt an das Geschwisterkind l und die Kinder des Geschwisterkindes m: q + r.

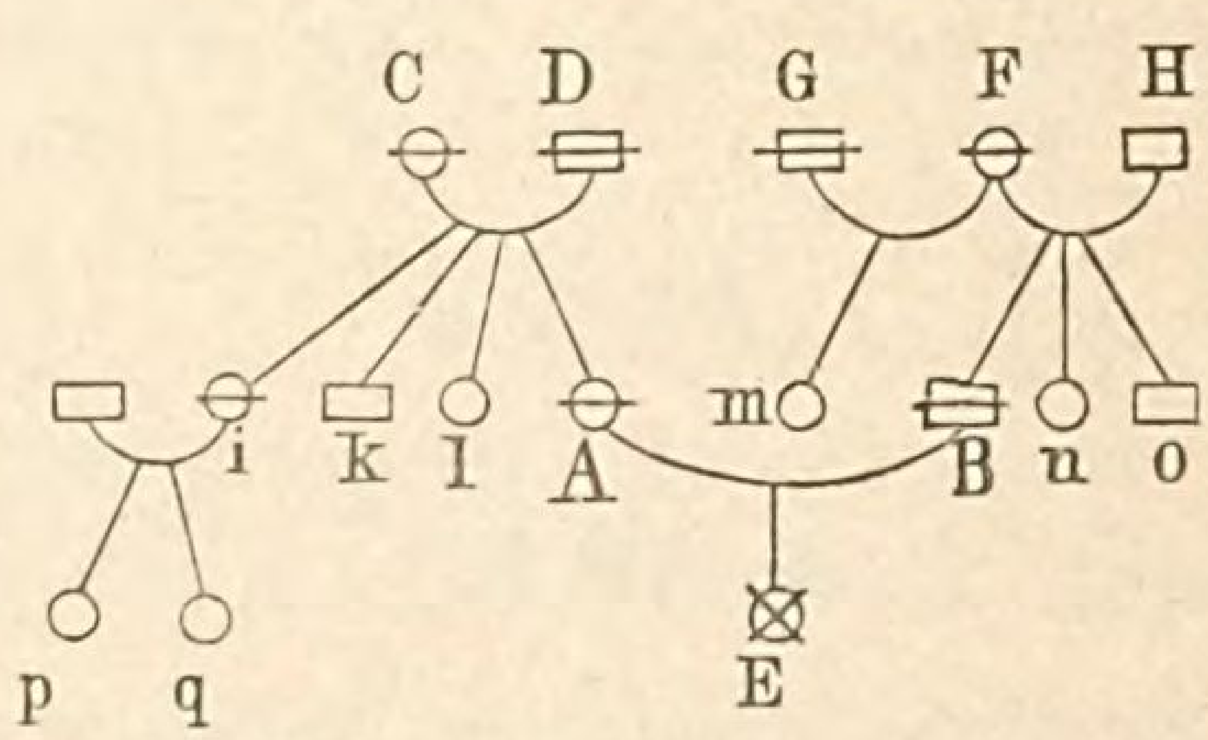
Die andere Hälfte der Verlassenschaft fällt an den großelterlichen Stamm F + G und gelangt an q + r, die durch Eintrittsrecht an die Stelle von n treten, an o und an t, der an die Stelle von p tritt.

l erhält $^2/_8$
q „ $^1/_8 + ^1/_8 = ^2/_8$
r „ $^1/_8 + ^1/_8 = ^2/_8$
o „ $^1/_8$
t „ $^1/_8$

§ 888.

[1933, 1934]. Innerhalb der großelterlichen Parentelordnung wird das Eintrittsrecht vollständig anerkannt. Bis zur Linie der Geschwisterkinder dauert auch die Stammtheilung fort.

Erläuterung:



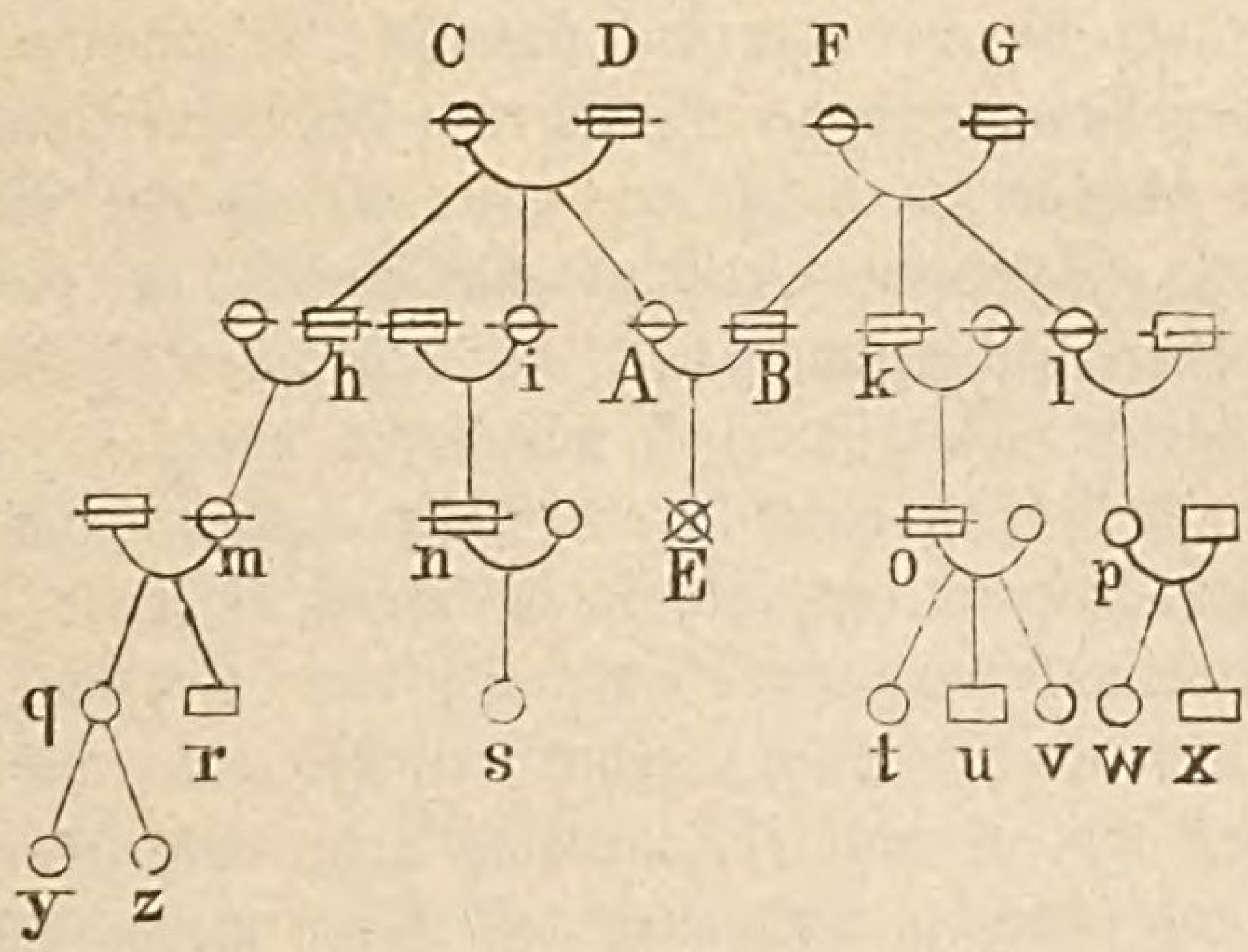
Die eine Hälfte der Verlassenschaft fällt auf die Seite der Großeltern C und D, und zwar in drei Theile, so daß p + q durch Eintrittsrecht an der Stelle von i erben.

Die andere Hälfte der Verlassenschaft fällt auf die Seite der Großeltern F und H, und zwar bekommt davon die Großmutter H einen Viertel der Verlassenschaft und in Folge des Eintrittsrechtes m + n + o an der Stelle des Großvaters F den anderen Viertel.

§ 889.

[1934]. Sind nur entferntere Erben vorhanden, so theilen die auf gleicher Linie stehenden nach Köpfen, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Vater- oder der Mutterseite angehören.

Erläuterung:



Wenn p, Geschwisterkind des Erblassers E, noch lebt, so kommen infolge des Eintrittsrechtes q + r an die Stelle von m, s an die Stelle von n, t + u + v an die Stelle von o.

Wenn dagegen auch p todt ist, so wird die Erbschaft zu gleichen Theilen unter die acht Kinder von Geschwisterkindern q, r, s, t, u, v, w und x getheilt. Ist auch q todt, so erhalten y und z zusammen einen Theil, also jeder einen Sechszehntel.

1. Der Schlußsatz „ohne Rücksicht u. s. w." ist neu hinzugefügt worden. Es wurde damit in Uebereinstimmung mit einem kürzlich gefaßten Entscheide des Obergerichtes (OG. 1886, Nro. 28) eine Streitfrage (Rüttimann gegen Bluntschli) nunmehr auch gesetzlich entschieden Wenn also z. B. auf väterlicher Seite 4, auf mütterlicher Seite 3 Erben dieser Linie vorhanden sind, so erhalten nicht etwa jene je $^1/_8$, diese je $^1/_6$, sondern Jene wie Diese je $^1/_7$ des Nachlasses, obgleich § 883 grundsätzlich die eine Hälfte der Vater-, die andere der Mutterseite zuweist. Und wenn p lebt, erhalten q und r je $^1/_4$, nicht bloß $^1/_6$, obgleich auf der Vaterseite kein Erbe der Linie der Geschwisterkinder vorhanden ist. Eben deswegen wurde beschlossen, bei § 883 diesen Paragraph vorzubehalten.

2. Ebenso wurden in der Erläuterung die beiden Vettern y und z noch hinzugefügt, und erklärt, daß wenn q vor dem Erblasser gestorben sei, diese beiden Vettern zusammen einen Kopftheil erhalten. Der Wortlaut des Paragraphen läßt nämlich in

der That Zweifel darüber, ob y und z überhaupt noch etwas erhalten würden; das ist nun also gesetzlich bejaht.

3. Bluntschli sagt: „Die Stammtheilung ist offenbar die genauere, indem sie sorgfältiger die Ueberlieferung des Blutes beachtet; die Kopftheilung dagegen ist einfacher, indem sie lediglich die Entfernung der auf gleicher Linie stehenden Erben mißt und sie gleich behandelt. Je näher nun die Erben dem Erblasser stehen, um so mehr rechtfertigt sich die Stammtheilung. Je entfernter die Erben stehen, desto eher verwischen sich die genauen Erinnerungen an die Unterschiede der Abstammung und desto bedeutender treten die einfachern Entfernungen der Linie hervor. Um so eher darf daher auch das Prinzip der Kopftheilung zur Anwendung kommen. Es ist ganz ebenso in den Erscheinungen des täglichen Lebens. Nur in der Nähe wird im Einzelnen scharf unterschieden. Entfernte Gegenstände sehen sich gleicher. Die Kommission nahm nun an, das Verhältniß der Geschwisterkinder sei die äußerste Grenze der genaueren Stammtheilung, darüber hinaus aber die einfachere Kopftheilung vorzuziehen. Für die Verwandtschaftsbeziehung schon der Kinder von Geschwisterkindern zu dem Erblasser ist es unerheblich, ob dieselbe nur durch eine oder zwei in der Mitte stehende Personen vermittelt wird. Das allgemeine Verwandtschaftsgefühl ist in beiden Fällen das nämliche. In Folge dieser Entscheidung hört nun allerdings die Stammtheilung früher auf als das Eintrittsrecht. Indessen ließ sich dafür anführen, daß die Billigkeitsrücksichten, welche das Eintrittsrecht hervorgerufen haben, auch über jene Grenze fortwirken. Würde das Eintrittsrecht eben so beschränkt, so würden in manchen Fällen die Kinder von Geschwisterkindern gar keinen Theil der Erbschaft erhalten, in allen denen nämlich, wo auf der Linie der Geschwisterkinder oder auf einer höheren Linie noch Erben vorhanden wären, während sie doch auch nach dem System der Kopftheilung mit andern auf gleicher Linie stehenden Erben gleiche Theile erhalten sollen. Die nämliche Grenze und derselbe Unterschied wiederholt sich in der Bestimmung des Pflichttheils (§ 972)."

D. Erbfolge der Urgroßeltern.

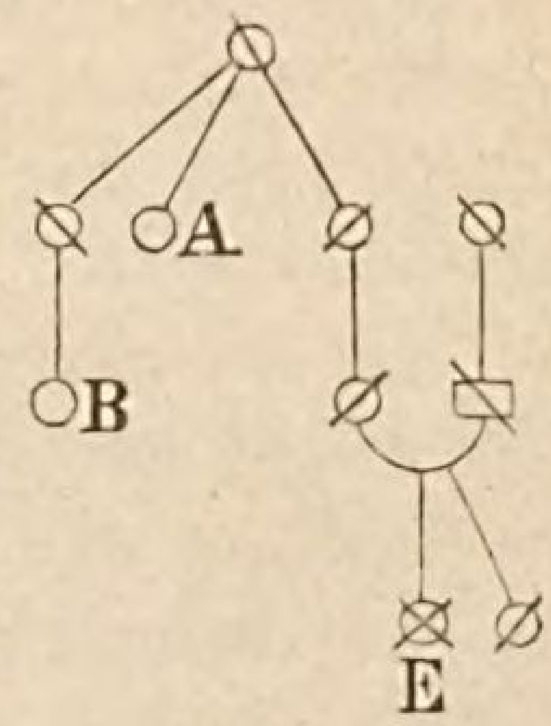
§ 890.

[1936]. Sind weder Großeltern noch Nachkommen von solchen vorhanden, so gelangt die Erbschaft an die Urgroßeltern.

1. Der alte § 1936 hatte hinzugefügt: „und deren eheliche Nachkommen"; das ist nun gestrichen, und im Gegensatze dazu in § 891 bestimmt worden, daß die Nachkommen der Urgroßeltern nicht erben sollen. Schon in der Kommission von 1855 war ein dahin gehender Antrag gestellt worden. Damals aber war er in Minderheit geblieben, und Bluntschli bemerkte dazu: „Diese Parentel umfaßt noch Verwandte, wie z. B. Großonkel, Großtante, Vettern und Basen des dritten Gliedes (sobrini, „zu andern Kindern"), unter denen das Bewußtsein des Familienzusammenhanges völlig klar ist, und die eben deßhalb auch erbrechtlich verbunden bleiben müssen." Diesmal aber blieb der Redaktor des neuen Entwurfes mit seinem Antrage auf Beibehaltung dieser Parentel in Minderheit. Er betonte, daß das Gefühl der Familiengemeinschaft auch noch im Verhältniß zum Großonkel oft wirksam sei und daß es nicht im Interesse des Staates liege, dasselbe zu schwächen oder zu zerstören, da der Staat in der

Familie wurzle, daß die Fälle, in denen der Verstorbene weder ein Testament noch einen Ehegatten hinterlasse, keineswegs selten seien, so z. B. wenn ein verwaistes Kind sterbe, und daß nicht einzusehen sei, warum dann eher der Staat in den Nachlaß als erbloses Gut eintreten sollte, als ein, wenn auch entfernterer, Verwandter, der aber doch immer noch oft als solcher in guten und bösen Tagen sich bewährt habe; daß endlich, wenn auch in der urgroßelterlichen Parentel bisweilen allerdings der Nachlaß sich in kleine Bruchtheile zersplittere und Verwandten zukomme, die kaum daran gedacht haben, daß sie den betreffenden Erblasser jemals beerben werden, doch gerade auf diesem Wege manchmal angehäufte Vermögen einer Anzahl entfernter, halb vergessener Verwandten, für die der Zuwachs eine wahre Wohlthat sei, zukomme, und so in weitem Kreis fruchtbringend werde; daß endlich der Staat überhaupt nicht darauf ausgehen sollte, so viel Privatvermögen als möglich durch unvorherzusehende also für ihn zufällige Ereignisse an sich zu bringen, sondern im Gegentheil darauf, den Privatbesitz zu erhalten und auch für öffentliche Zwecke ertragreich zu machen. Darauf wurde erwiedert, daß das Bewußtsein der Familienangehörigkeit gegenüber Verwandten dieser Parentel nicht mehr vorhanden sei, daß die Testirfreiheit aber da helfe, wo es noch existire; Bluntschli habe 1855 mit der Beschränkung des Erbrechtes auf die urgroßelterliche Parentel den ersten Schritt gethan (in Wirklichkeit hatte sein Entwurf auch noch die folgende Parentel berufen), nach 30 Jahren sei es Zeit, den zweiten zu thun. So ererbtes Vermögen werde von den Erben auch nicht wirthschaftlich verwaltet, so wenig wie der Ertrag des großen Looses, welches einer gewonnen habe. Der Staat aber brauche Geld für seine neuen Aufgaben, um Fonds zu erhalten für seine Anstalten; er könne ja so ererbtes Vermögen z. B. zur Ausstattung ärmerer Töchter verwenden, die keine reichen Verwandten zu beerben haben. Zudem gebe das Aufsuchen der Verwandten der urgroßelterlichen Parentel oft viel Mühe und führe zu Streit und Hader.

2. A oder B beerben den Großneffen E nicht, sondern, wenn kein Testament vorhanden ist, der Staat.



§ 891.

[1938]. Mit den Urgroßeltern ist der Kreis der erbfähigen Verwandtschaft abgeschlossen.

Vgl. § 890, 1.

E. Erbrecht der Brautkinder und unehelichen Kinder und Erbfolge in deren Verlassenschaft.

§ 892.

[303]. Brautkinder erben und werden beerbt wie eheliche Kinder.

1. Der alte § 303 hatte etwas unbestimmt gesagt, daß die Brautkinder in erbrechtlicher Beziehung den ehelichen gleich zu behandeln seien. Es ist nun deutlicher aus-

gesprochen, daß dies nicht nur für ihr Erbrecht, sondern für die Succession in ihrem Nachlaß gilt. (Vgl. § 688.)

§ 893.

[1939, 1940]. **Uneheliche Kinder** haben in der Verlassenschaft ihrer Mutter und der mütterlichen Verwandten das gleiche Erb- und Pflichttheilsrecht wie eheliche Kinder der ersteren.

1. Das Erbrecht der unehelichen Kinder ist von Beginn der Berathungen des privatr. GB. an stufenweise erweitert worden. Bluntschli sagt darüber: „Das bisherige Recht hatte den unehelichen Kindern kein eigentliches Erbrecht verstattet. Der Entwurf hatte vorgeschlagen, den unehelichen Kindern in der Verlassenschaft ihrer Mutter ein beschränktes Erbrecht zu gewähren und zwar in Konkurrenz mit ehelichen Kindern derselben von einem Dritttheil eines Kindestheils; wenn sie die einzigen Nachkommen der Mutter seien, von einem Dritttheil der ganzen Verlassenschaft. In der Kommission wurde sodann mit Mehrheit folgender Gesetzesentwurf beschlossen: §§. „Uneheliche Kinder haben in der Verlassenschaft ihrer Mütter das gleiche Erbrecht wie die ehelichen Kinder derselben, jedoch ohne Voraus und ohne Vorzugsrecht. Gegenüber den übrigen mütterlichen Verwandten steht den unehelichen Kindern kein Erbrecht zu, ebenso wenig gegenüber dem Vater und den väterlichen Verwandten." Nach der Berathung im Großen Rathe endlich wurde den unehelichen Kindern auch gegenüber den mütterlichen Verwandten ein Erbrecht gegeben.

Man war allgemein darüber einverstanden, daß den unehelichen Kindern kein Erbrecht in die Verlassenschaft des Vaters oder der väterlichen Verwandten zukomme. Obwohl auch hier der physische Blutszusammenhang vorhanden ist, so gehören die unehelichen Kinder doch nicht zur väterlichen Familie und zunächst beruht alles Erbrecht auf dem organisch-sittlichen Familienband. Das Erbrecht ist Fortsetzung der Familie. Diese Frage war auch bereits durch die §§ 690 ff. des Gesetzes im Prinzip entschieden. Die Rücksicht auf die physische Abstammung vom Vater wird theils durch die Verpflichtung desselben zum Unterhalt, die auch auf die Erben des Vaters beschränkt übergeht (§ 695), theils durch die Erweiterung der Testirfreiheit des Vaters und der väterlichen Vorfahren (§ 2040 und 2041 alt) berücksichtigt.

Dagegen muß ebenfalls allgemein zugestanden werden, daß die unehelichen Kinder der Mutter näher stehen. Aus diesem Grunde folgen sie daher auch dem Geschlecht und der Heimath der Mutter und sind zunächst ihrer Erziehung und ihrem Unterhalt überlassen (§§ 690 und 693). Für die Mutter ist auch der natürliche Blutszusammenhang, für den Vater die Familienverbindung wichtiger.

Man war daher in der Kommission darüber einig, die erbrechtliche Stellung der unehelichen Kinder gegenüber der Mutter zu verbessern und nur über das Maß dieses Erbrechtes und seiner Ausdehnung gingen die Meinungen auseinander. Gegen gleiches Erbrecht mit den ehelichen Kindern in der mütterlichen Verlassenschaft wurde hauptsächlich angeführt, da das ganze Familien- und Erbrecht auf der Ehe beruhe, so sei es inkonsequent, jeden Unterschied zwischen den ehelichen und unehelichen Kindern der Mutter aufzuheben.

Für die Gleichstellung im Wesentlichen wurde angeführt:

a. Das natürliche Gefühl und das dringende Interesse, die ohnehin bedrängte Lage der unehelichen Kinder zu verbessern, wirken gleichmäßig zusammen, um die unehelichen Kinder den ehelichen gleich zu stellen. Die mütterliche Liebe umfasse beide mit gleicher Sorge.

b. Die nothwendige Rücksicht auf die Ehe sei hinreichend gewahrt theils durch die Ausschließung der Unehelichen von der väterlichen Familie, theils durch die Beseitigung jedes Voraus und die Beschränkung jedes Pflichttheilsrechts.

Der nämliche Gegensatz der Meinungen wiederholte sich bezüglich der Frage, ob den unehelichen Kindern auch an der Verlassenschaft der mütterlichen Anverwandten ein Erbrecht zu gestatten sei oder nicht. Für die Bejahung, welche zuletzt die Mehrheit erhielt, wurde hauptsächlich angeführt, es sei unbillig, daß das uneheliche Kind, wenn seine Mutter vor ihren Eltern sterbe, von der großelterlichen Verlassenschaft nichts erhalte, während es in dem gewöhnlichen Fall, wenn seine Mutter nach ihren Eltern sterbe, doch in der mütterlichen Verlassenschaft mittelbar auch großmütterliches Erbe erhalte. Beseitige man das Pflichttheilsrecht im Verhältniß zur mütterlichen Verwandtschaft, so seien damit die Familienrücksichten hinreichend gewahrt. Wollen die mütterlichen Verwandten das uneheliche Kind von ihrem Erbe ausschließen, so haben sie damit volle Testirfreiheit erhalten."

2. Auf dieser Bahn sind nun die Kommissionen, welche die Revision des pr. GB. vorzubereiten hatten, weiter geschritten. Schon der Entwurf 1878 beantragte die Aufhebung der beiden Beschränkungen des bisherigen Rechtes nämlich:

a. der Bestimmung, daß die Unehelichen am Nachlaß ihrer Mutter keinen Voraus und kein Vorzugsrecht haben;

b. der Bestimmung, daß sie am Nachlaß der übrigen mütterlichen Verwandten keinen Pflichttheil haben.

Dies wurde auch jetzt wieder vorgeschlagen. Mit Bezug auf den erstern dieser beiden Punkte herrschte von Anfang an Einstimmigkeit in der Expertenkommission. Mit Bezug auf den zweiten wurden dagegen einige Bedenken geäußert, da das Verhältniß zwischen den ehelichen Kindern und den unehelichen einer Mutter bisweilen ein nichts weniger als familiäres sei. Es wurde darauf hingewiesen, daß diese Beschränkung des Pflichttheilsrechtes der Unehelichen auch in anderen in diesem Punkte keineswegs engherzigen Ländern gelte; so code Nap. Art. 913, 914, 916 (kein Pflichttheil selbst der Mutter gegenüber) Freiburg Art. 760, 761, 762; Solothurn §§ 545—549, 566, 570 (Intestaterbrecht und Pflichttheilsrecht nur dann, wenn nicht konkurrirende eheliche Verwandte vorhanden sind); Bern alter Kantonsth. S. 206, 516 (auch gegenüber der Mutter kein Intestaterbrecht, geschweige ein Pflichttheilsrecht), Luzern §§ 415, 417 (kein Intestaterbrecht gegenüber den mütterlichen Verwandten), während dagegen ein beschränktes Pflichttheilsrecht derselben gegenüber mütterlichen Ascendenten im Aargau §§ 887, 889—893, 914, ein volles unbeschränktes aber nach römischem und gemeinem Rechte und nach dem Rechte des Kantons Graubünden §§ 489, 509 besteht. Ein Vermittlungsvorschlag ging dahin, ähnlich wie im Aargau ein Pflichttheilsrecht nur zwischen den Unehelichen und ihren Verwandten in auf- und absteigender Linie, nicht im Verhältniß zu ihren Seitenverwandten einzuführen, und dieser wurde von der Expertenkommission angenommen. Sie hebt in ihrem Berichte an den Regierungsrath hervor, daß dies mit weitaus den meisten andern schweizerischen und auswärtigen Gesetzbüchern übereinstimme.

Hiegegen wurde nun aber in der kantonsräthlichen Kommission Opposition erhoben. Man fand, man dürfe nicht das uneheliche Kind den Mangel seiner Zeugung entgelten lassen, und diese Ansicht, also das System des römischen Rechtes, gewann dann die Oberhand; auch noch jene letzte Beschränkung des Erbrechtes der Unehelichen verschwand. Leider ist dann aber aus Versehen die oben angeführte Stelle des Berichtes der Expertenkommission an den Regierungsrath unverändert in den beleuchtenden Bericht zur Volksabstimmung übergegangen, wo er nun nicht mehr ganz zur Vorlage paßte. (Vgl. § 970, 2.)

§ 894.

[1941]. Gegenüber dem Vater und den väterlichen Verwandten steht den unehelichen Kindern kein Erbrecht zu.

S. § 893, 1.

§ 895.

[1942] Stirbt ein Unehelicher, ohne erbfähige Nachkommen zu hinterlassen, so fällt seine Verlassenschaft an die Mutterseite.

1. Zunächst erbt die Mutter, und wenn sie gestorben, ihre ehelichen und unehelichen Nachkommen. Sind keine da, so kommt die großelterliche Verwandschaft von der Mutterseite zur Succession, in Ermanglung solcher der Urgroßvater und die Urgroßmutter.

Zweites Kapitel.

Erbrecht der Verlobten und der Ehegatten.

A. Gemeinsame Bestimmungen.

§ 896.

[neu]. Dem überlebenden Verlobten oder Ehegatten steht ein Erbrecht nur an der reinen Verlassenschaft des verstorbenen Verlobten oder Ehegatten zu.

Vorbehalten bleibt die Bestimmung des § 905.

1. Der Paragraph ist zwar neu als allgemeine Bestimmung an die Spitze des Kapitels gestellt worden, entspricht aber materiell dem bisherigen Rechte.

§ 897.

[1900]. Bei Ausmittlung der reinen Verlassenschaft fallen allfällige Vermächtnisse nicht in Abzug und sind die Liegenschaften, auch wenn daran der Sohnsvortheil geltend gemacht wird, zum Verkehrswerthe anzurechnen, in der Weise, daß der Sohnsvortheil im Verhältnisse seines

Betrages zu demjenigen des gesammten Nachlasses mit dem Erbrechte des Verlobten oder Ehegatten belastet wird.

Dagegen sind von dem gesammten Nachlasse abzurechnen:

a. die Schulden des Erblassers;

b. die Kosten für das Begräbniß des Erblassers, soweit sie den Erben obliegen;

c. die Kosten der Fortführung der Haushaltung während dreißig Tagen gemäß § 923;

d. die Ausgaben für die Sicherstellung der Verlassenschaft und für die Erhebung eines im Interesse aller Erben, aufgenommenen Inventars.

1. In Abs. 1 ist neu die Bestimmung, daß die Vermächtnisse und der Sohnsvortheil nicht in Abzug fallen. Sie entspricht der Meinung des alten Gesetzes mit Bezug auf die Vermächtnisse zweifellos (vgl. Z. XXI, 315), nach Bluntschli's Kommentar aber auch mit Bezug auf den Sohnsvortheil. Das Obergericht dagegen erklärte, daß die Liegenschaften hiebei nur zum ermäßigten Schatzungswerthe anzuschlagen seien (Z. IX, 359, XVI, 372; XVIII, 188; XXI, 7). Diese Ansicht ist nun beseitigt. Es hätte dabei mit Bluntschli im Gesetze wohl noch ein Schritt weiter gethan und gesagt werden können, daß auch die Vorzugsrechte der Söhne und Töchter (§§ 855, 858) nicht abzuziehen seien; aber es ist das doch wohl auch so die Meinung des Paragraphen, wie das schon unter dem alten Gesetze vom Obergerichte angenommen worden ist. (Z. XVIII, 189, Erw. 2.)

2. Zu lit. a. Dazu gehört auch eine zu leistende Steuernachzahlung. (Z. VIII, 180, Nro. 135; XIII, 95.)

3. Zu lit. b. Vgl. Z. X, 395. Beim Tode einer Ehefrau liegen die Kosten der Bestattung dem Ehemanne nur dann ob, wenn er etwas aus dem Nachlaß erhält. (Z. VII, 176; XIII, 374; vgl. § 587, 4.) Verpflichtung des Vaters zur Bestattung des Sohnes s. Z. II, 437.

4. Zu lit. c. Diese Litera ist zur Beseitigung von Zweifeln neu eingefügt worden.

5. Zu lit. d. Vgl. § 776. Der Umstand, daß einzelne Erben das Begehren eines gerichtlichen Inventars für unnöthig halten, berechtigt dieselben keineswegs, jene Theilnahme an den Kosten zu verweigern. Wenn das Begehren in den Verhältnissen begründet war, so ist es im Interesse aller Erben gestellt, und die Kosten vermindern die reine Verlassenschaft. Wenn dagegen einzelne Erben ohne hinreichende Veranlassung, aus übertriebener Aengstlichkeit, gegen den Willen der andern das Inventar begehren, so haben sie auch die Kosten auf sich, beziehungsweise auf ihre Antheile zu übernehmen, und die reine Verlassenschaft wird dadurch nicht vermindert. (Vgl. Z. XIII, 94.)

6. Hiezu gehören nicht solche Kosten, welche durch einzelne Erben behufs Wahrung der Rechte der andern Betheiligten verursacht worden sind. (Z. XIX, 329.)

B. Erbrecht der Verlobten.

§ 898.

[1943, 1944]. Der überlebende Verlobte erhält zu eigen:

a. die dem verstorbenen Verlobten gegebenen Verlobungsgeschenke, soweit dieselben noch vorhanden sind;

b. außerdem einen Zehntel der übrigen reinen Verlassenschaft, wenn der Verstorbene keine ehelichen Nachkommen hinterläßt.

1. Vgl. Stadt-Erbr. II, § 3. Dieser Paragraph ist in der Fassung des Entwurfes 1878 aufgenommen worden. Der alte § 1943 hatte hinzugefügt, der überlebende Verlobte behalte die vom Verstorbenen erhaltenen Verlobungsgeschenke. Dies ist als selbstverständlich gestrichen worden; selbst nach einem Rücktritt verbleiben ja die Geschenke dem Verlobten, wenn der andere Theil bis zu seinem Tode sie nicht reklamirt hat (§ 582.) Anders bei der Scheidung § 627.

2. Der frühere § 1943 gab auch eine Ersatzforderung für nicht mehr vorhandene Geschenke. Das ist kaum jemals praktisch geworden. Auch der dafür vorhandene Ersatz (§ 627) wird nicht heraus verlangt werden können. (Vgl. § 900, 2.)

3. Die gegebenen Verlobungsgeschenke. Es ist das eine Singularsuccession, kein eigentliches Erbrecht. Die beiderseitigen Verlobungsgeschenke haben eine nähere Beziehung zu dem individuellen Verhältniß der Verlobten. Sie dienen daher auch als Andenken an die Verlobung und den Brautstand. Um deßwillen rechtfertigt sich hier ein besonderes Recht der Nachfolge.

4. Hinterläßt der verstorbene Verlobte eheliche Nachkommen, so schließen diese den überlebenden Verlobten von der eigentlichen Erbschaft aus. Hinterläßt er keine ehelichen Nachkommen, so bleibt der Erbtheil des überlebenden Verlobten immer ein Zehntel der reinen Verlassenschaft ohne Rücksicht auf die Nähe der Parentelen und Verwandten, denen als eigentlichen Erben die Verlassenschaft anfällt.

C. Erbrecht der Ehegatten.

§ 899.

[1945]. Wenn der Ehemann stirbt, so ist die überlebende Ehefrau vorerst berechtigt, ihr Weibergut aushin zu begehren. Ausnahmsweise kann das Gericht, wenn der sofortigen Herausgabe der der Wittwe zugehörigen Kapitalien erhebliche Hindernisse im Wege stehen, nach billigem Ermessen eine den Umständen angemessene Frist bewilligen, unter der Voraussetzung, daß die Erben des Ehemannes für die wirkliche Erfüllung ihrer Verpflichtung gehörige Sicherheit leisten und das ausstehende Kapital inzwischen verzinsen.

1. Weibergut. S. §§ 604 ff. Vgl. Stadterbrecht II, § 1.

2. Ausnahmsweise kann u. s. w. Vgl. Z. XVIII, 190. Anders bei der Scheidung § 626. Eine Herausgabe kann zumal da auf Schwierigkeiten stoßen, wo das Weibergut als Handlungskapital in das Geschäft des Mannes verwendet worden ist. Das römische Recht gestattet dem Mann die Herausgabe in drei Jahresraten.

Ebenso kann dem überlebenden Ehemann, wenn er den Erben der Frau gehörige Sicherstellung des Kapitals gewährt, nöthigenfalls durch das Gericht eine angemessene Frist zur Auszahlung verstattet werden. (Z. VII, 172.)

3. Das Waisenamt hat nach der Ansicht des Regierungsrathes trotzdem, wenn ein Vater minderjähriger Kinder stirbt, auch das Weibergut ins Inventar aufzunehmen. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1867, p. 231.) Anders dagegen das Obergericht (Z. V, 154.)

4. Die Ehefrau ist berechtigt, bis ihr die Sicherheit geleistet ist, die Herausgabe des Nachlasses an die Erben so weit nöthig zu hindern. (Z. XVIII, 194; XIX, 324, Erw. 2 ff.).

§ 900.

[1946, 1956]. Dem überlebenden Ehegatten fallen zum Voraus zu eigen zu:

a. ohne Ersatz die dem verstorbenen Ehegatten zugekommenen Hochzeitsgeschenke, soweit sie noch vorhanden sind;

b. der Hausrath des Verstorbenen nach Abzug des Voraus der Kinder oder Eltern (§§ 855, 858, 872, 873); übersteigt der Werth des Hausrathes jedoch einen Viertel der reinen Verlassenschaft, so kann der überlebende Ehegatte dieses Recht nur gegen Ersatz des Mehrwerthes geltend machen.

1. Bluntschli bemerkte zu den §§ 1945 u. ff. des alten Gesetzbuches: „Das Recht der Ehegatten hat wichtige Veränderungen erfahren. Das ältere Recht war den Frauen ungünstig und trug der Innigkeit des ehelichen Verhältnisses zu wenig Rechnung. Es ist ein Zeichen der fortgeschrittenen Zivilisation, daß sie auch das weibliche Geschlecht höher achtet; eine zeitgemäße Reform des Erbrechts mußte daher die Rücksichtslosigkeit der ältern Gesetze in dieser Beziehung vermeiden. Der dießfällige Mangel wurde schon seit langem empfunden und es kam daher, um demselben entgegen zu wirken, die Praxis des Lebens zu Gunsten der Ehefrauen zu einer entgegengesetzten Uebertreibung. Während das Gesetz dieselben zu wenig bedacht hatte, fing man an, in Form von Testamenten die Wittwen, im Widerspruch mit den sonstigen Vorschriften unsers Rechtes über den Pflichttheil unverhältnißmäßig zu bedenken und ihnen ohne Rücksicht auf die Volljährigkeit der pflichttheilsberechtigten Kinder die Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft auf Lebenszeit zuzusichern. Das neue Gesetz dehnt nun die Rechte des überlebenden Ehegatten aus. Es sichert der Wittwe insbesondere in weit größerem Maße als bisher den Hausrath zu, an welchem bekanntermaßen das Herz und die Gewohnheit der Frauen sich lebhaft betheiligt fühlt; aber es sorgt auf der andern Seite auch dafür, daß das Recht der volljährigen Kinder auf die väterliche Verlassenschaft nicht übermäßig durch die Nutznießung der Wittwen belastet werde.“ Allein längst hat sich die Ueberzeugung gebildet, daß auch so noch das Intestaterbrecht

der Wittwe viel zu gering sei, daß sie manchmal sich in eine ungerechte, schlimme Lage versetzt sehe, wie kaum in einem andern Lande. Es bedurfte in der That nicht erst einer Petition der Frauen zur Hebung dieses Uebelstandes; vielmehr ist schon im Entw. 1878 hauptsächlich nach den Ideen von Prof. Treichler dies Intestaterbrecht der Wittwe ganz bedeutend erweitert worden, und der ganze Abschnitt jenes Entwurfes, welcher das Intestaterbrecht der Ehegatten betrifft, ist von der Expertenkommission zur Grundlage ihrer Berathungen gemacht worden.

Demgemäß wurde vor Allem der Unterschied zwischen dem Erbrecht des Wittwers und demjenigen der Wittwe als eine Ungerechtigkeit beseitigt. Dadurch hat sich zugleich auch diese ganze Materie vereinfacht, indem nicht mehr unterschieden werden muß zwischen dem Erbrechte des Ehemannes und demjenigen der Ehefrau. Sodann aber wurde überhaupt die Erbquote (Statutarportion) des überlebenden Ehegatten bedeutend erweitert.

2. Hochzeitsgeschenke, Hochzeitsgaben s. § 628. Dazu gehört nicht die Aussteuer (OG. 1873, Nro. 14. Z. XXV, 408, Erw. 2.) Der alte § 1946 fügte hinzu: „im Sinne des § 159" (jetzt § 610). Es sollte damit gesagt werden, daß neu angeschaffte Stücke, welche an Stelle abgegangener Hochzeitsgeschenke getreten seien, ebenfalls dem Ehegatten zukommen. Da aber dies hauptsächlich bei Hausrath zutrifft, und dieser ohnehin dem überlebenden Gatten zukommt, schien eine solche ohnehin leicht zu Streit führende Bestimmung nicht mehr nothwendig zu sein. (Vgl. § 898, 2.)

3. Hausrath s. § 59. Früher mußte derselbe getheilt werden, was oft zu Streit führte; ferner wurde in den alten Paragraphen hervorgehoben, daß das Bett des verstorbenen Ehegatten dem überlebenden zukomme, was sich jetzt von selbst versteht.

§ 901.

[1947, 1950, 1951, 1954, 1957, 1959—1962]. Außerdem kommt dem überlebenden Ehegatten zu:

a. nach seiner Wahl, wenn die gesetzlichen Erben Nachkommen des Erblassers sind, die Nutznießung an der Hälfte der übrigen reinen Verlassenschaft oder ein Achtel derselben zu eigen;

b. nach seiner Wahl, wenn die gesetzlichen Erben der elterlichen Parentel angehören, die Nutznießung an der gesammten übrigen reinen Verlassenschaft oder ein Viertel derselben zu eigen;

c. wenn die gesetzlichen Erben der großelterlichen Parentel angehören, zwei Viertel der übrigen reinen Verlassenschaft zu eigen und überdies die Nußnießung an der anderen Hälfte derselben;

d. wenn die Urgroßeltern zur Erbschaft gelangen, drei Viertel der übrigen reinen Verlassenschaft zu eigen und überdies die Nutznießung an dem Reste derselben.

Bei Wiederverehelichung des überlebenden Ehegatten vermindert sich seine Nutznießung auf die Hälfte.

1. Vgl. § 900, 1. Auch abgesehen von der Gleichstellung von Wittwer und Wittwe ist damit das Erbrecht derselben einfacher und handlicher gemacht, wie folgende Tabelle zeigt:

Lit.	Gesetzliche Erben	Dem überlebenden Gatten kommt zu: zu Eigenthum		zum Nießbrauch	Altes Recht: Eigenthum		Nießbrauch
a.	Descendenten	1/8	oder	1/2	nichts	Frau / Mann	1/4 / 1/3
b.	elterliche Parentel	1/4	„	das Ganze	1/6	oder	1/2
c.	großelterliche Parentel	2/4	und	1/2	1/4	„	2/3
d.	Urgroßeltern	3/4	„	1/4	1/4	„	2/3

Es ist im Kantonsrathe gesagt worden, daß damit nun in der That zu weit gegangen worden sei zu Gunsten des überlebenden Ehegatten: Wenn dieser im Falle von lit. b die Nutznießung wählt, so erhalten die überlebenden Eltern des Erblassers gar nichts, möglicher Weise zeitlebens nie etwas, aus dem Nachlaß ihres kinderlos verstorbenen Sohnes zu genießen.

2. Wiederverehelichung. Diese Reduktion der Nutznießung war im früheren Gesetze nur der wieder heirathenden Wittwe angedroht, gilt nun aber für beide Geschlechter.

§ 902.

[1958]. Wenn minderjährige Kinder der verstorbenen Mutter in der Haushaltung des überlebenden Vaters zurückbleiben, so hat derselbe, auch wenn er gemäß § 901 lit. a. den Achtel zu eigen wählt, an den Erbtheilen der volljährigen Kinder so lange die Hälfte der Nutznießung, bis alle Kinder volljährig oder ausgerichtet sind.

1. Der Unterschied zwischen diesem Paragraph und dem alten § 1958 besteht außer der deutlicheren Fassung des ersteren, welche die bisher bestandene Zweideutigkeit (Z. VIII, 175; XXIII, 15) beseitigt, darin, daß § 1958 die Bestimmung nur für die gemeinsamen Kinder traf, der jetzige § 902 sie aber nach besonderm Beschluß des Kantonsrathes auch auf die Stiefkinder des Vaters ausdehnt.

2. Die Erbtheile der minderjährigen Kinder genießt der Vater schon nach den Bestimmungen des Elternrechts § 667.

§ 903.

[1948, 1949]. Das gleiche Recht steht auch der überlebenden Mutter zu, wenn und so lange ihr die Pflege und Erziehung der minderjährigen Kinder des verstorbenen Vaters auf ihre Kosten von den Vormundschaftsbehörden überlassen wird; an den Erbtheilen der gemeinsamen minderjährigen Kinder hat sie während dieser Zeit die volle Nutznießung.

1. S. Stadterbrecht Th. II, § 1; oben § 902, 1. Hier ist im Kantonsrathe an Stelle von „der gemeinsamen minderjährigen Kinder" (Zeile 3) gesetzt worden „der m. K. des verstorbenen Vaters"; dagegen in Zeile 4 wurde der Ausdruck stehen gelassen. Der alte § 1948 fügte am Schlusse hinzu: „jedoch ohne Abbruch der vor-

mundschaftlichen Rechte der Verwaltung." Dies ist als selbstverständlich gestrichen worden. (Vgl. §§ 735, 760; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1869, p. 197; Z. XVI, 374.)

2. Durch diese Bestimmung wird der Mutter die Erziehung erleichtert. Bei einem großen Vermögen wird sie zwar über die Erziehungskosten hinaus eine größere Zinseinnahme erhalten und dadurch ihr eigenes Vermögen vergrößern. Indessen ist ihr dieser Vortheil wohl zu gönnen, zumal in solchen Fällen ohnehin für die Zukunft der Kinder hinreichend gesorgt ist. In der Regel entspricht aber die Bestimmung der wirthschaftlichen Einheit der Haushaltung, die wesentlich doch nur von der Mutter besorgt wird.

3. Die Bestimmung hat keinen erbrechtlichen, sondern einen familienrechtlichen Charakter, indem das Verhältniß der Mutter zu ihren Kindern durch dieselbe geordnet wird. Der Vater kann daher auch nicht willkürlich durch sein Testament der Mutter die Erziehung ihrer Kinder untersagen; vielmehr steht es der Obervormundschaft zunächst zu, nach eigener Einsicht und Ermessen, trotz der entgegenstehenden Willenserklärung des Vaters, der Mutter die Erziehung der Kinder anzuvertrauen, und wenn das geschieht, so ist die Mutter auch berechtigt, die Erbtheile der Kinder zu genießen, gesetzt auch, der Erblasser sollte das nicht gewollt haben. (Z. XI, 193, 194; XXI, 270; Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1880, p. 265.)

4. Die Wittwe hat hiebei auch alle Steuern, Vogt- und Ratifikationsgebühren zu übernehmen. (Z. XXIV, 453, Erw. 3 und 4; OG. 1874, Nro. 13.)

§ 904.

[1953]. Bei der Wiederverehelichung der Wittwe hört ihr Recht auf die Nutznießung der den Kindern zugefallenen Erbtheile (§ 903) auf, und sind je nach Umständen im Interesse der Kinder neue Anordnungen von Seite der Vormundschaftsbehörden zu treffen.

1. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf das erweiterte Nutznießungsrecht der Mutter, nicht auf das allgemeine Nutznießungsrecht der Wittwe. Den Vormundschaftsbehörden bleibt es aber unbenommen, in Form von Erziehungskosten für die Kinder erster Ehe dem zweiten Ehemann auch den Zinsgenuß des Vermögens der Kinder vertragsgemäß zu überlassen. Es hört nur das Recht der Mutter als solches auf, da sie nun in eine neue Familie übertritt.

§ 905.

[1955, 1963]. Sind keine erbfähigen Verwandten vorhanden, so fällt die gesammte Verlassenschaft dem überlebenden Ehegatten zu.

1. Die Einführung eines subsidiären vollen Erbrechtes der Wittwe nach dem Muster des römischen Rechtes in das zürcherische Recht geschah erst durch das privatr. Gesetzbuch im Jahre 1855. Zunächst beruht das Intestaterbrecht auf Blutsverwandtschaft. So lange eine erbfähige Verwandtschaft da ist, kommt dem überlebenden Ehegatten nur ein begrenzter Antheil an der Verlassenschaft zu; er wird aber von den eigentlichen Erben (d. h. den Blutsverwandten) fortwährend unterschieden. Fehlt es an jener, dann verdient die eheliche Verbindung in zweiter Linie volle erbrechtliche Wirkung.

Der überlebende Ehegatte steht der Erbschaft näher, als jede fremde Korporation oder als der Staat. Das erblose Gut im vollen Sinne des Wortes ist also nur dann vorhanden, wenn der Erblasser weder Verwandte noch einen Ehegatten hinterläßt.

Drittes Kapitel.

Erbloses Gut.

§ 906.

[1964]. Wenn weder erbfähige Verwandte, noch ein überlebender Ehegatte vorhanden sind, so fällt das erblose Gut dem Staate in der Meinung zu, daß derselbe die Hälfte der reinen Verlassenschaft an die Gemeinde des Kantons abgibt, in welcher der Erblasser verbürgert war.

1. Verbürgert. Sowohl in der kantonsräthlichen Kommission als auch im Kantonsrathe selbst wurden hier verschiedene Abänderungsvorschläge gestellt. Von einer Seite wurde vorgeschlagen, hier die Wohngemeinde statt der Bürgergemeinde einzusetzen. Allein es wurde erwiedert, daß der Zusammenhang des Erblassers mit der Bürgergemeinde der engere sei, es sei der natürliche, fast stets ein für alle mal gegebene, und äußere sich ja auch umgekehrt in der Verpflichtung zur Armenunterstützung. Zudem würde die Einsetzung der Wohngemeinde an dieser Stelle nur dazu führen, daß reiche Erbschaften fast ausschließlich nur den beiden Städten zukämen.

Von anderer Seite wurde beantragt, zu sagen: „oder wenn der Verstorbene nicht im Kanton verbürgert war, der Wohngemeinde." Allein es erschien zweifelhaft, ob dies gegenüber dem Nachlasse nichtzürcherischer Schweizerbürger zulässig, und auch ob es freundeidgenössisch wäre. Schon bei der ersten Redaktion vom Jahre 1855 war ein Antrag, ausdrücklich zu sagen, nur wenn der Erblasser ein Schweizerbürger sei, habe der Staat der Heimatsgemeinde die Hälfte der Erbschaft zu übergeben, gestellt, aber auf die Bemerkung hin zurückgezogen worden, daß es besser sei, in diese Verhältnisse, die den Ausländern gegenüber einen politischen Charakter annehmen, hier nicht näher einzutreten.

2. Abgibt. Es ist im Interesse gleichartiger Behandlung und größerer Einfachheit die Liquidation dem Staate übertragen worden.

3. An die Gemeinde. In dem ersten Entwurf Bluntschlis war hinzugefügt: „zu Handen ihres Armengutes". Diese Worte wurden aber gestrichen, da in manchen Gemeinden die Armengüter solche Zuschüsse nicht nöthig haben, und eine andere passende Verwendung dadurch gehindert würde. Daraus ist wohl zu schließen, daß diese Erbschaftsaktiven nicht der Bürgergemeinde, sondern der politischen Gemeinde zukommen sollen.

4. In rechtshistorischem Interesse sei verwiesen auf eine Abhandlung „Der Pflichttheil des Fiskus" M. I, 521.

5. Erbloses Gut wird nun seit der Geltung dieses neuen privatr. GB. viel häufiger entstehen und dem Staate zukommen als früher, weil jetzt aus der urgroßelterlichen Parentel nur noch die Urgroßeltern selbst den Verstorbenen beerben, s. § 890, 1.

§ 907.

[1965]. Das Recht des Staates auf das erblose Gut unterscheidet sich von dem Rechte der übrigen Erben darin, daß er den Erbschaftsgläubigern nur insoweit haftet, als deren Forderungen durch die Aktiven der Verlassenschaft gedeckt werden.

1. Das Recht des Staates. Bluntschli sagt: „Anfangs theilten sich in der Kommission auch darüber die Ansichten, ob das Recht des Staates auf das erblose Gut als ein Ausfluß seines Hoheitsrechtes oder als privatrechtliches Erbrecht zu erklären sei. Dieselbe Differenz der Meinungen hatte sich schon früher bei Gelegenheit eines Spezialfalles zwischen der hiesigen und der französischen Regierung gezeigt, und das Obergericht hatte sich in einem Gutachten für die erstere Ansicht erklärt. (Vgl. B. V, 117.) Die praktischen Unterschiede der beiden Ansichten sind hauptsächlich folgende:

a. Wird das Recht des Staates als politisches Hoheitsrecht betrachtet, so kann es nur auf das erblose Gut bezogen werden, welches in dem Staatsgebiet sich befindet, nicht aber auf die auswärtige Verlassenschaft eines auswärts wohnenden Kantonsbürgers. Ist dagegen jenes Recht als Privatrecht zu betrachten, so bezieht es sich auch auf die Verlassenschaft der außer dem Kanton wohnenden Bürger. (Vgl. § 3, 2.)

b. Unter der ersten Voraussetzung hat der Staat nicht als Rechtsnachfolger des Erblassers in dessen Schulden einzustehen, sondern kann höchstens als Liquidator und Verwalter des erblosen Gutes von den Gläubigern belangt werden. Unter der zweiten Voraussetzung gehen die Schulden des Erblassers mit der Verlassenschaft auf den Staat über und er muß als Rechtsnachfolger den Gläubigern Rede stehen.

Man vereinigte sich nun zu der Ansicht, daß der Staat für die Erbschaftsschulden jedenfalls nur bis auf den Betrag der erhaltenen Aktiven zu haften habe: ein Grundsatz, welchen das ältere deutsche Recht ganz allgemein auf alle Erben ausgedehnt hat, (das römische Recht auf dem Wege des beneficium separationis dem Erben zur Verfügung stellte), der aber im heutigen Recht nur zu Gunsten des Staates anerkannt wird. Abgesehen von diesem Grundsatze wird nun das Recht des Staates dem der übrigen Erben gleichgestellt und die Ansicht verworfen, daß das erblose Gut herrenloses Gut sei."

2. Vgl. § 1029, 2.

Viertes Kapitel.

Uebergang der Erbschaft.

A. Persönliche Erfordernisse.

§ 908.

[1966]. Nur der Todte wird beerbt, nur der Lebende wird Erbe.

1. Ein Verschollener, für dessen Leben keine Vermuthung spricht (§§ 12, 13) kann somit nicht erben (Z. V, 261, Nro. 87; X, 399, Nro. 70; XII, 35, Erw. 2,

XV, 216; XVII, 164, Erw. 3 und 4). Das gilt, auch wenn keine gerichtliche Verschollenheitserklärung vorangegangen ist. (Z. III, 410; vgl. § 911.)

2. Man spricht bisweilen von den nächsten Erben eines noch Lebenden; das ist ein ungenauer Sprachgebrauch; genau genommen müßte man von den präsumtiven dereinstigen Erben desselben sprechen.

3. Eine Ausnahme s. § 988, 3.

§ 909.

[1967.] Ausnahmsweise wird ein Kind, welches zur Zeit des Todes des Erblassers zwar empfangen, aber noch nicht geboren ist, durch die lebendige Geburt Erbe, und ist mit Rücksicht auf dieses Erbrecht schon vorläufig in demselben zu schützen.

1. Vgl. §§ 9, 648, 868. Das römische Recht hebt in diesem Falle beim Tode des Vaters drei Kindstheile auf, um für alle Eventualitäten gerüstet zu sein.

§ 910.

[1968]. Stirbt ein Erbe nach dem Tode des Erblassers, aber vor der wirklichen Uebernahme der Erbschaft, so geht sein Erbrecht auf seine Erben über.

1. Vor der Uebernahme der Erbschaft. Wenn z. B. ein neugebornes Kind die Mutter überlebt, aber kurz nachher stirbt, so ist dasselbe doch Erbe der Mutter geworden und wird nun hinwieder beerbt. Es kann so das Vermögen der Mutter durch Vermittlung des Kindes zu väterlichem Gute werden. (Vgl. §§ 1022, 1034).

2. Damit geht auch das Recht auf den Sohnsvortheil über (Z. XIX, 320, Erw. 2.)

3. Wer seinen Erbanspruch auf den Umstand stützt, daß ein unbekannt Abwesender den Erblasser überlebt habe, hat zu beweisen, daß zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht 15 Jahre seit der letzten sicheren Kunde vom Leben des Abwesenden verflossen gewesen seien. (B. XVII, 4, Nro. 4.)

§ 911.

[1969]. So lange ein Abwesender, von dessen Schicksal man keine Kunde hat, noch nicht als verschollen zu betrachten ist (§§ 11 bis 13), wird eine ihm in der Zwischenzeit angefallene Erbschaft von der Vormundschaft in seinem Namen geltend gemacht.

1. Vgl. § 908, 1, § 16, die Abhandlung M. IV, 165, und die Urtheile M. 5, 87 ff., Z. III, 140.

§ 912.

[1970]. Ist der Abwesende als verschollen zu betrachten, so sind die jeweiligen nächsten Erben desselben berechtigt, die Nutznießung seines in vormundschaftlicher Verwahrung liegenden Vermögens anzusprechen.

1. Vgl. §§ 12, 13; 908, z. B. die nächsten Erben des A, welcher seit 15 Jahren abwesend und daher nach Ablauf dieser Frist als verschollen zu betrachten ist, sind in diesen Zeitpunkt sein Bruder B und zwei Kinder D und E seines verstorbenen Bruders C. Das Vermögen des A beträgt 12,000 Franken, es kann somit B, nach Abzug der Verwaltungskosten, den Zins von 6000, D den Zins von 3000 und E den Zins von 3000 Franken erhalten. Nach zwei Jahren stirbt auch D, ohne Kinder zu hinterlassen. Von da an hat E die Nutznießung von 6000 Franken.

2. Der überlebende Ehegatte kann inzwischen noch nicht angehalten werden, das ihm nach § 901 zustehende Wahlrecht auszuüben (Z. XVII, 161).

§ 913.

[1971] Zu diesem Behufe haben die Erben an das Bezirksgericht, in dessen Gerichtskreise der Abwesende verbürgert ist, das Begehren um gerichtlichen Aufruf des Abwesenden und Gestattung der Nutznießung seines Vermögens zu richten. Das Bezirksgericht stellt, nach vorheriger Prüfung des Falles, einen Antrag an das Obergericht, welches die Bewilligung zum gerichtlichen Aufrufe ertheilt.

1. Die Erben. Das geht auch auf Vertrags- und Testamentserben (B. XII, 262, Nro. 4).

2. Verbürgert. Zum Aufruf eines Nichtzürchers ist somit das hiesige Obergericht nicht kompetent. (OG. 1879, Nro. 60.)

3. Einen Antrag. Das gilt nur von dem Falle, daß das Bezirksgericht zustimmt; im umgekehrten Falle weist es das Begehren von sich aus ab, wogegen dann dem Petenten der gewohnte Rekursweg offen steht. (B. XVII, 5, Nro. 5; Z. V, 163, Nro. 3; XXII, 17, Nro. 1.)

§ 914.

[1972]. Wenn der gerichtliche Aufruf des Abwesenden und allfälliger unbekannter Erben desselben während der angesetzten Frist erfolglos geblieben ist, so wird durch das Obergericht der Abwesende als verschollen erklärt und den jeweiligen bekannten nächsten Erben, welche sich über diese Eigenschaft genügend ausgewiesen haben, die Nutznießung seines Vermögens gestattet, und zwar in den regelmäßigen Fällen der Verschollenheit von dem Zeitpunkte an, in welchem sie eintritt. Von diesem Beschlusse hat das Bezirksgericht dem Bezirksrathe Kenntniß zu geben.

Vgl. § 13.

§ 915.

[1973]. Zum Ersatze der bezogenen oder zur Rückgabe der vorhandenen Früchte sind die Erben auch dann nicht verpflichtet, wenn im Verfolge der unbekannt Abwesende wieder erscheinen sollte.

1. Erscheint der Verschollene wieder, so ergibt sich eben daraus, daß die Verschollenheit aufgehört habe und die Gewißheit des Lebens, welches bisher als sehr zweifelhaft angenommen wurde, ist hergestellt. Der Vormund hat ihm Rechenschaft zu geben über die Vermögensverwaltung der Zwischenzeit und das Vermögen an ihn auszuliefern. Die Nutznießung der Erben hört nun auf; aber da sie in der Zwischenzeit begründet war, so müssen die in gutem Glauben und aus einem bestimmten Rechtsgrund bezogenen Früchte nicht zurückerstattet werden; und selbst wenn sie nicht bezogen sind, können die Früchte bis zum Tage der Wiedererscheinung des Abwesenden noch von ihnen bezogen werden. Das römische Recht bestimmte für einen solchen Fall, daß zwar die verbrauchten Früchte nicht ersetzt, wohl aber die noch vorhandenen herausgegeben werden müssen.

§ 916.

[1974]. Das Recht der nächsten Erben auf die Nutznießung beginnt ausnahmsweise in dem § 12 lit. a erwähnten Falle mit dem Zeitpunkte des wahrscheinlichen Todes und in dem § 12 lit. b erwähnten Falle, sobald der Abwesende das Alter von wenigstens achtzig Jahren erreicht haben würde.

1. Mit dem Zeitpunkt des wahrscheinlichen Todes. Z. B. Es ist wahrscheinlich, daß Jemand bei einer Gebirgsreise verunglückt ist, ohne daß man die Leiche findet. Da brauchen die nächsten Erben nicht erst 15 Jahre zuzuwarten, sondern können von jenem Zeitpunkt an die Nutznießung fordern.

2. Von wenigstens achtzig Jahren. Vgl. § 12, 2.

§ 917.

[1975, 1976]. Durch die Todeserklärung des Verschollenen wird das Erbrecht in dessen Verlassenschaft eröffnet (§ 15).

Dieselbe erfolgt auf Begehren der Erben durch das Obergericht, nach vorherigem öffentlichem Aufrufe des Verschollenen und allfälliger unbekannter Erben desselben.

1. Vgl. § 913, 1, 3; Z. XIII, 367. Erst durch diese Todeserklärung wird das Vermögen des Verschollenen zum Nachlaß (Z. XVII, 165, Erw. 4).

§ 918.

[1977]. Der öffentliche Aufruf wird auf Begehren der Erben und unter Genehmigung des Obergerichtes durch das Bezirksgericht veranstaltet, in dessen Bezirke der Verschollene verbürgert ist.

1. Verbürgert s. § 913, 2.

§ 919.

[1978]. Die am Schlusse des in der Todeserklärung angenommenen Todestages vorhandenen nächsten Erben des Verschollenen haben das Recht,

das Vermögen desselben nach Maßgabe ihres erbrechtlichen Verhältnisses unter sich zu vertheilen.

1. Vgl. Z. V, 262; XIII, 368.

§ 920.

[1979]. Jeder Erbe eines für todt erklärten Verschollenen haftet für Rückgabe des ihm zugefallenen Kapitalvermögens noch während zwanzig Jahren; nach Ablauf dieser Frist überall nicht mehr.

1. Er haftet gegenüber dem unbekannt Abwesenden oder wenn der spätere Tod desselben erwiesen werden sollte, und zugleich nähere Erben desselben, z. B. Kinder die er im Auslande erzeugt hat, zum Vorschein kommen, bis auf den Betrag des erhaltenen Kapitalvermögens, nicht aber auf die Früchte, Zinsen oder andere Erträgnisse desselben. Auch eine Kaution kann nicht von ihm verlangt werden.

§ 921.

[neu]. Wer den Tod des Erblassers absichtlich und rechtswidrig herbeigeführt hat, verliert jeden erbrechtlichen Anspruch auf dessen Verlassenschaft und es wird die Nachfolge in dieselbe so bestimmt, wie wenn er den Tod des Erblassers nicht erlebt hätte.

1. Dieser Paragraph ist unverändert der Referendumsvorlage des Entwurfs 1878 entnommen. Er wurde damals aufgenommen im Hinblick auf ein einige Jahre vorher begangenes Verbrechen, durch welches ein junger Mensch seine beiden Eltern mit Gift getödtet hatte, und in Folge dessen er, vom Schwurgerichte zwar zum Tode verurtheilt, aber vom großen Rathe zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe begnadigt, dieselben beerbte. Dieser das Rechtsgefühl verletzende Vorfall hatte, wie der beleuchtende Bericht an das Volk hervorhebt, die Nothwendigkeit einer solchen Bestimmung recht lebhaft fühlbar gemacht. Der Paragraph ist dem römischen Rechte entnommen, das in einem solchen Falle den Erben als unwürdig erklärt, einen Antheil am Nachlaß des Verstorbenen zu haben, diese Unwürdigkeit (Indignität) aber auch noch für andere Fälle schwerer Pflichtverletzung gegen den Verstorbenen ausspricht, z. B. für den, daß der Erbe den Verstorbenen absichtlich und gewaltsam an der Errichtung oder Aufhebung eines Testamentes verhindert und so sich den Erbtheil gegen dessen wahren Willen verschafft oder erhalten hat.

2. Und rechtswidrig. Wer also z. B. in Nothwehr den Tod des Erblassers herbeigeführt hat, wird von diesem Paragraphen nicht getroffen.

B. Sicherung der Verlassenschaft.

§ 922.

[1980]. In der Regel sind die Erben berechtigt, ohne Vermittlung des Gerichtes die Verlassenschaft in Besitz zu nehmen.

1. Verordnung des Reg.-R. vom 19. Januar 1861 betreffend das Verfahren beim Ableben von Nichtkantonsbürgern s. Amtsbl. 1861, Abth. Gesetz 1861, p. 75; Sträuli, Kommentar zum Prozeßgesetz § 88, 2.

§ 923.

[1981]. Diejenigen Personen, welche bis zum Tode des Erblassers in derselben Haushaltung mit ihm lebten und auf seine Kosten verpflegt wurden, wie insbesondere seine Wittwe oder minderjährige Kinder, sind in der Regel berechtigt, bis zum dreißigsten Tage nach dem Tode ihres Verpflegers noch ferner im Genusse der Wohnung und des Hausrathes zu verbleiben und die erforderliche Nahrung auf Rechnung der Erbmasse zu beziehen.

1. Diese Bestimmung (vgl. Solothurn § 467) schließt sich an das ältere Recht, vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 188, 3, Stadterbrecht I, § 7 und zum Theil an die Sitte an. (Die katholische Kirche knüpfte an den 30. Tag gottesdienstliche Feierlichkeiten für die Seele der Verstorbenen). Sie hat auch einen natürlichen Grund in dem Pietätsgefühl der Familie, welches durch sofortige Ausscheidung und Theilung verletzt wird.

2. In der Regel. Ausnahmen können durch besondere Verhältnisse begründet werden, z. B. wenn das Haus des Erblassers verkauft ist, und vor Ablauf dieser monatlichen Frist abgetreten werden muß, oder einzelne Kinder vorher von Verwandten zur Pflege übernommen werden.

3. Die Wittwe darf zu diesem Zwecke nöthigenfalls sich das nöthige Geld auf Rechnung des Nachlasses anschaffen, z. B. ein Guthaben des Verstorbenen bei der Sparkasse einziehen. (Z. XXI, 352, Nro. 24.)

4. Dritten Personen gegenüber haftet aber nicht der Nachlaß, sondern die Ehefrau beziehungsweise die Familienangehörigen selbst für die Bezahlung des Lebensunterhaltes. (OG. 1879, Nro. 50.)

§ 924.

[1982]. Wenn Erben vorhanden sind, welche entweder unter obrigkeitlicher Vormundschaft stehen oder unter solche gehören, so hat das Waisenamt von sich aus, sobald es von dem Todesfalle Kunde erhält, ohne Zögerung die Verlassenschaft zu inventarisiren und, soweit es erforderlich ist, unter amtliches Siegel zu legen.

1. Vgl. § 735 und 773. Die Inventarisirung ist in allen Fällen nothwendig, die amtliche Siegelung nur, wo ein Bedürfniß dafür sich zeigt, s. § 925.

2. Die Unterzeichnung des Inventars durch die Erben ist nicht eine Anerkennung der in dasselbe aufgenommenen Passiven des Nachlasses. (U. 2519, 2520; § 773, 4.)

3. Ueber die Inventarisirung des Weibergutes im Nachlasse des Mannes, s. § 774, 2.

§ 925.

[1983]. Die gerichtliche Siegelung der Verlassenschaft wird angeordnet, wenn besondere zureichende Gründe dieselbe rechtfertigen, insbesondere:

a. auf Begehren eines der Erben oder des überlebenden Ehegatten;
b. wenn Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden ist, daß erbloses Gut vorliege;
c. wenn die Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars begehrt worden ist;
d. wenn es zur Sicherung der Erbschaftsgläubiger erforderlich erscheint, auf deren Begehren;
e. wenn gegen einen der Erben das Konkursverfahren durchgeführt worden ist und dessen Gläubiger (§ 1108) es verlangen.

1. Insbesondere. Die lit. a—e enthalten nur Beispiele, nicht eine erschöpfende Aufzählung der Fälle. (Z. XIV, 211, Erw. 1.)

2. Zu lit. a. Die Worte „oder des überlebenden Ehegatten" sind neu hinzugefügt worden, jedoch in Uebereinstimmung mit der Gerichtspraxis. (Z. V, 450; XIX, 327). Eine Frist für das Begehren ist nicht bestimmt. (Z. X, 392; XIII, 369; XIV, 212, Erw. 2.) Es muß die Bescheinigung (bloße Wahrscheinlichkeit) vorliegen, daß der die Siegelung Begehrende wirklich Erbe sei. Eine solche Bescheinigung wird z. B. stets als vorhanden angenommen werden müssen, wenn ein gesetzlicher Erbe durch Testament enterbt oder gegenüber einem Testamentserben die Gültigkeit des Testamentes bestritten ist, da die Streitfrage nicht sofort entschieden sein kann. (Z. XIX, 332, Erw. 3; XXIII, 235, Nro. 94).

3. Die Schwierigkeit der Ausscheidung des Nachlasses ist kein Grund gegen die Vornahme der Siegelung. (Z. V, 451, Erw. 3; XIV, 213, Erw. 3, b.)

4. Die Siegelung kann durch genügende Kaution abgewendet werden. (Z. XIV, 213, Erw. 4.)

5. Die Siegelung und gerichtliche Verwaltung im Sinne des § 927 kann auch mit Bezug auf im Bereiche der hiesigen Gerichtsbarkeit liegende Aktiven einer auswärts eröffneten Erbschaft verlangt werden. (Z. XXIII, 404.)

§ 926.

[1984]. In allen Fällen, wo eine gerichtliche Siegelung verfügt wird, ist zugleich ein amtliches Inventar aufzunehmen.

§ 927.

[1985]. Ueberdies ist das Gericht berechtigt, wenn die gerichtliche Siegelung angeordnet ist und das Bedürfniß es erheischt, einen Güterverwalter für die Verlassenschaft oder einen Theil derselben zu ernennen und demselben die erforderlichen Vollmachten und Aufträge zu geben, alles

in dem Sinne, daß dabei vorzüglich dafür zu sorgen ist, daß der Bestand der Verlassenschaft ungeschmälert erhalten bleibe, und auch die Rechte sowohl der Erben als der Gläubiger gewahrt werden.

1. Vgl. § 925, 5. Diese Verwaltung geschieht gewöhnlich durch den Notar, bei verwickelten Verhältnissen durch einen besondern Beauftragten. Zu ihren Obliegenheiten gehört der Einzug von Forderungen, deren weitere Kreditirung mit Gefahr verbunden sein würde. (Z. XIX, 325, Erw. 5.)

C. Uebernahme und Ausschlagung der Erbschaft.

§ 928.

[1986]. Die gesetzlichen Erben werden durch den Tod des Erblassers sofort und ohne ihr Zuthun Erben desselben.

1. Die gesetzlichen Erben. Da das gesetzliche Erbrecht nicht auf dem Willen weder des Erblassers noch der Erben beruht, sondern seinen Grund in den bestehenden Verwandtschaftsverhältnissen hat, so bedarf es auch nicht erst einer Antrittserklärung von Seite der Erben, sondern es tritt der Uebergang der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers von Rechts wegen ein. Die Erbschaft fällt den Erben ohne ihr Zuthun zu. Diese Auffassung des ältern deutschen Rechts im Gegensatz zu der Regel des römischen hat sich bei uns bis auf die Gegenwart erhalten und wird auch von den meisten neueren Gesetzgebungen anerkannt. Anders ist es, wenn der Erbe sein Successionsrecht auf den letzten Willen des Erblassers (Testament oder Erbvertrag) gründet. (Vgl. § 1021, 1; § 1059; M. I, 454, Erw. 3.)

2. Demzufolge ist für den Erbschaftserwerb eines Bevormundeten eine waisenamtliche Genehmigung nicht nothwendig. (Z. XIX, 326.)

§ 929.

[1987]. Wenn die sichere Ausmittlung der nächsten Erben mit ungewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, so ist das Gericht ermächtigt, den unbekannten Betheiligten durch öffentliche Aufforderung eine Frist anzusetzen, innerhalb welcher sie sich bei Vermeidung von Rechtsnachtheilen über ihr Verhältniß zu erklären und ihre Ansprüche geltend zu machen haben.

1. Die Androhung von Rechtsnachtheilen wurde absichtlich allgemein gefaßt, um den Gerichten die Ermächtigung zu geben, dieselben je nach dem Bedürfniß des Falles verschieden zu bestimmen. (B. VIII, 340 Nro. 2; Z. XV, 22, Erw. 2.) So kann sie dahin gefaßt werden, daß Grundstücke den Miterben zugefertigt werden. (Z. XVI, 236, Nro. 33.)

§ 930.

[1988]. Jeder Erbe ist berechtigt, die Erbschaft auszuschlagen, insofern er dieselbe noch nicht wirklich übernommen hat, und die für die Ausschlagung angesetzten Fristen inne hält.

1. Auszuschlagen. Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 9, Nro. 3. Der Erbe ist nicht genöthigt, die Erbschaft zu übernehmen. Ist dieselbe mit Schulden überlastet, so hat er ein bestimmtes Interesse, dieselbe auszuschlagen. Schlägt er rechtzeitig aus, so ist anzunehmen, er sei nie Erbe geworden.

2. Noch nicht wirklich übernommen. In der Kommission von 1855 wurde beantragt, auszusprechen, daß die Besorgung des Begräbnisses für den verstorbenen Erblasser von Seite der Erben nicht als Uebernahme der Erbschaft zu interpretiren sei; man überzeugte sich aber, daß sich das von selbst verstehe, und fand es daher gerathener, nichts darüber zu sagen. Wenn dagegen der Erbe sich der Erbschaft bemächtigt, Erbschaftssachen veräußert und Erbschaftsforderungen einzieht, und sich so als wirklicher Erbe benimmt, so kann er nachträglich die Erbschaft nicht mehr ausschlagen. Die Uebernahme der Erbschaft kann so aus den Handlungen der Erben geschlossen und dann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Darin allein aber, daß der Vater des Verstorbenen sich zur Fortsetzung eines gegen diesen eingeleiteten Prozesses erklärt, liegt eine Uebernahme noch nicht. (B. XVI, 443.)

3. Fristen. S. § 932.

§ 931.

[1989]. Wenn ein Erbe, in der Absicht seine Gläubiger zu schädigen (§ 1103), eine ihm angefallene Erbschaft ausschlägt und nachher der Konkurs über ihn ausbricht, so kann diese Ausschlagung auf dem von den konkursrechtlichen Bestimmungen für die Anfechtung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners vorgeschriebenen Wege angefochten werden.

1. In der Absicht seine Gläubiger zu schädigen. Wenn z. B. der Erbe insolvent ist und deßhalb vermuthet, seine Gläubiger werden auf die ihm angefallene Erbschaft greifen, so daß dieselbe ihm persönlich nicht anders zu Gute kommt, als daß er einen Theil der Schulden damit deckt, so ist es möglich, daß er diesen Vortheil geringer werthet, als seine Lust, die Gläubiger zu schädigen und aus diesem Grunde die Erbschaft ausschlägt.

2. Und nachher der Konkurs über ihn ausbricht. Diese Worte sind neu eingefügt worden. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger ist so an die allgemein gültigen Voraussetzungen der sogenannten paullianischen Anfechtungen (§§ 1104 ff.) geknüpft. So lange der Konkurs nicht ausgebrochen ist, steht die Schädigung der Gläubiger oft auch noch gar nicht fest.

3. Auf dem ... vorgeschriebenen Wege, s. § 62 des Konkursgesetzes; unten §§ 1104, 1107. Der Paragraph ist absichtlich so gefaßt worden, damit er auch nach Erlaß des erwarteten eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes noch unverändert bestehen bleiben könne.

4. Angefochten werden. Der frühere § 1989 bestimmte, daß die Gläubiger an seiner Statt die Erbschaft antreten und sich daraus bezahlt machen dürfen, in der Meinung jedoch, daß der Mehrwerth der Verlassenschaft als erbloses Gut behandelt werde. Das ist nun geändert. Gemäß den allgemeinen sogenannten paullianischen Bestimmungen wird die Ausschlagung aufgehoben; der Erbtheil gilt also als erworben;

er wird zur Konkursmasse gezogen. Ueberschreiten in dieser nunmehr die Aktiven die Passiven, so kommt der Ueberschuß dem Gemeinschuldner zu.

§ 932.

[1990]. Will der Erbe die Erbschaft ausschlagen oder hat er wenigstens Bedenken, dieselbe zu übernehmen, so soll er in der Regel innerhalb dreißig Tagen seit dem Tode des Erblassers bei dem Bezirksgerichte, in dessen Kreise der Erblasser gewohnt hat, entweder seine Ausschlagserklärung eingeben oder die Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars begehren.

Versäumt er diese Frist, so sind die Erbschaftsgläubiger berechtigt, sich an ihn als Erben zu halten, und die Miterben befugt, anzunehmen, daß er die Erbschaft für seinen Theil übernommen habe.

1. Innerhalb dreißig Tagen. Vor dem privatr. GB. waren es 4 Wochen, s. Bluntschli Rechtsgeschichte II, 313, Stadterbrecht Th. I, § 9. Es ist dies die sogen. Deliberationsfrist. Diese Frist wird von dem Gerichte nicht von Amts wegen gewahrt; es kann auch nach Ablauf derselben noch die Rechtswohlthat des Inventars begehrt und bewilligt werden. Nur bleiben in diesem Falle die Rechte der Gläubiger und der Miterben vorbehalten. Erheben diese keine Einsprache oder machen sie ihre erworbenen Rechte nicht geltend, so wirkt die Frist nicht zum Nachtheil der Erben. In diesem Sinne wurde der Schlußsatz: „versäumt er diese Frist" u. s. f. hinzugefügt, (Vgl. Z. VII, 173, X, 394, Nro. 66; dagegen Z. XV, 219, Erw. 3 und 4; dafür Z. XVIII, 192, Nro. 108.)

2. In der Regel. Die Frist und deren Wirkungen sind nicht zu enge und ängstlich festzuhalten.

3. Oeffentliches Inventar s. §§ 941 u. ff.

§ 933.

[1991]. Ist der Erbe durch Abwesenheit, oder weil er von dem Tode oder von seinem Erbverhältnisse keine Kenntniß hat, oder aus einem anderen Grunde verhindert, binnen dieser Frist die nöthige Erklärung oder Begehren bei dem Gerichte einzureichen, so beginnt die Frist von dreißig Tagen erst von dem Zeitpunkte an zu laufen, in welchem das Hinderniß zuerst beseitigt war.

1. Die Frist zur Ausschlagserklärung setzt voraus, daß der Erbe von dem Todesfall Kenntniß habe und in der Lage sei, eine Erklärung abzugeben. Beides wird zwar im Zweifel vermuthet. Ist derselbe hinreichend vertreten, der unbekannt Abwesende durch einen außerordentlichen, das Kind durch einen ordentlichen Vormund, so ist kein Grund, die Frist nicht wirken zu lassen, indem die Vormünder für die Erklärung sorgen können. Wenn aber es an einer genügenden Stellvertretung gebricht, dann hemmt der Verhinderungsgrund den Lauf der Frist.

§ 934.

[1992]. Ueberdies ist das Gericht ermächtigt, aus erheblichen Gründen, insbesondere auf Verlangen einer Vormundschaftsbehörde, die Frist zu Gunsten einzelner oder aller Erben soweit zu erstrecken, als die Verhältnisse es rechtfertigen, oder gegen den Ablauf derselben Wiederherstellung zu gewähren. Dabei sind aber zugleich die Interessen der Erbschaftsgläubiger zu beachten.

1. Diese Ermächtigung des Gerichts, nach Umständen die Frist zu erstrecken, setzt voraus, daß erhebliche Gründe dazu Veranlassung geben. Mehr Bedenken wurden gegen die Restitution der bereits abgelaufenen Frist geäußert, da unser Recht überhaupt den gerichtlichen Restitutionen nicht geneigt ist (S. Prozeßgesetz § 207) und die bestehende Rechtssicherheit durch dieselben gefährdet wird. Indessen schienen hier die Gründe für eine solche Befugniß überwiegend. Die Uebernahme der Erbschaft ist so folgenschwer und ein Uebersehen der kurzen Frist unter Umständen so leicht zu entschuldigen, daß eine rücksichtslose formale Behandlung zu großem materiellen Unrecht führen könnte. Es schien daher zu genügen, daß das Gesetz dabei ausdrücklich auf die Beachtung der Interessen der Gläubiger hinweise, um vor einseitiger Berücksichtigung der Interessen der Erben zu bewahren, im übrigen aber dem Gerichte die Freiheit lasse, das nach der Sachlage Angemessene und Billige anzuordnen. (Z. VII, 173, X, 235, 393, XV, 218, Erw. 1 und 2; XVIII, 192, Erw. 1.)

2. Die Bezirksräthe sind durch Kreisschreiben der Justizdirektion vom 21. Januar 1880 angewiesen worden, dafür zu sorgen, daß die Gemeindräthe nöthigenfalls rechtzeitig Erstreckung der Frist beim zuständigen Gerichte begehren. (Rechenschaftsbericht des Reg.-R. 1880, p. 266.)

§ 935.

[1993]. War gegen den Verstorbenen zur Zeit seines Todes das Konkursverfahren anhängig, oder war er almosengenössig, oder lebte er als Bettler oder Vagabund, oder ist nach dem Tode des Erblassers keine Habe vorhanden, so wird, wenn die Erben sich nicht wirklich als Erben benehmen, die Ausschlagung als sich von selbst verstehend angenommen.

Die Gläubiger des Erblassers sind indessen berechtigt, zu fordern, daß die Erben von dem Gerichte zu bestimmten Erklärungen angehalten werden.

1. Das Konkursverfahren anhängig; der alte § 1993 sagte „in fallitem Zustande". Abgesehen davon, daß die Falliterklärung abgeschafft ist, schien es gerechtfertigt, die in diesem Paragraph erwähnte Wirkung schon an die Eröffnung des Konkurses zu knüpfen. Dagegen hört sie nunmehr mit der Beendigung des Konkurses auf, sofern nicht, was freilich oft der Fall sein wird, eine der übrigen Voraussetzungen des Paragraphen zutrifft, und damit ist der Zweifel, was an Stelle des Fallitenzustandes getreten sei (Z. XXV, 331 entgegen p. 285, das. OG. 1876, Nro. 13) beseitigt.

2. Almosengenössig u. s. w., nämlich zur Zeit seines Todes; frühere Unterstützungen kommen nicht in Betracht; es ist nicht selten, daß Personen eine Zeit lang von der Gemeinde unterstützt werden und später doch, sei es durch Erbschaft oder Heirath oder durch ihren Fleiß zu selbständigem Vermögen gelangen, und es ist dann kein Grund, die erbrechtliche Regel zu beschränken.

3. Als Bettler oder Vagabund. Es gibt allerdings auch hier seltene Ausnahmsfälle, daß solche Personen wider alles Erwarten ein ansehnliches Vermögen hinterlassen. In solchen Fällen wird die Bestimmung keine nachtheiligen Folgen haben; ihre Erben werden mit Vergnügen diese Erbschaft übernehmen. In den meisten Fällen der Art aber würde man vergeblich nach einer Erbschaft suchen, und eben deßhalb halten es auch die Erben nicht für nöthig, sich zu erklären; sie bedürfen daher des gesetzlichen Schutzes gegen allfällige Gläubiger des Verstorbenen, welche auf den Grundsatz des Erbübergangs auf das Vermögen der Erben ihre Spekulation zu gründen Lust hätten.

4. Keine Habe. Vgl. Z. V, 263; X, 235. So, wenn durch einen Leibdingsvertrag der Verstorbene sein ganzes Vermögen abgetreten hatte. (Z. XVI, 375.)

5. Zu bestimmten Erklärungen, sei es der Ausschlagung, sei es der Uebernahme der Erbschaft. Die Bestimmung dient dazu, allfällige Zweifel im einzelnen Falle zu erledigen, und die Gläubiger gegen die Ungewißheit zu sichern.

§ 936.

[1994]. Schlägt einer von mehreren Miterben die Verlassenschaft aus, so fällt sein Theil den Miterben anheim, und es wird gehalten, als wäre der ausschlagende Erbe überall nicht Erbe geworden.

1. Die Ausschlagung eines Erbtheils begründet kein erbloses Gut. Die Erbschaft bildet ein Ganzes und kommt denjenigen Miterben zu, welche dieselbe nicht ausschlagen, d. h. übernommen haben. Es ist nicht zuläßig, daß ein Miterbe den ihm ursprünglich zugefallenen Erbtheil übernehme und den später anwachsenden Erbtheil ausschlage. (Vgl. Solothurn § 612.) Das ist das sogen. Anwachsungs- oder Accrescenzrecht.

2. Eine Publikation der Ausschlagung auf Kosten des Ausschlagenden kann vom Gerichte von Amtswegen angeordnet werden. (Z. VII, 324.)

§ 937.

[1995]. Sind keine Erben da oder schlagen alle aus, so ist der überlebende Ehegatte berechtigt, sich zur Uebernahme zu erklären.

Das Gericht kann demselben von sich aus oder auf Begehren der Erbschaftsgläubiger dafür Frist ansetzen, sobald es nöthig und zweckmäßig erscheint.

1. Der überlebende Ehegatte. Bluntschli's Entwurf hatte für diesen Fall vorgeschlagen, „den nächsten darauf folgenden Erben“ die Uebernahme der Erbschaft zu gestatten und dann erst den überlebenden Ehegatten zu berufen. Man vereinigte sich aber dahin, dieses Zwischenglied zu beseitigen und sofort die Erbschaft dem Ehe-

gatten anzubieten. Es war das bisher schon in Uebung. In manchen Fällen, wo die Uebernahme der Erbschaft bedenklich erscheint, wenn man fürchten muß, daß die Aktiven durch die Passiven aufgezehrt oder überstiegen werden, entschließen sich die Vormundschaftsbehörden im Namen der minderjährigen Kinder, die Erbschaft der Wittwe, die gewöhnlich selbst Gläubigerin ist, zur Uebernahme zu überlassen und für die Kinder die Ausschlagung zu erklären. Diese Praxis, durch welche die Verlassenschaft vor dem Konkurs und seinen Nachtheilen gerettet wird, die Ehre des verstorbenen Familienhauptes gewahrt bleibt und die ruhige Fortsetzung des Hausstandes gesichert wird, ist zu begünstigen. Würden Seitenverwandte als Erben eintreten können, so würde dadurch eine solche Bewahrung der Familieninteressen sehr erschwert.

§ 938.

[1996]. Wird die Erbschaft von allen Erben ausgeschlagen und nicht von dem überlebenden Ehegatten übernommen, so ist dieselbe, soweit sie reicht, zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden.

Ergibt sich hiebei ein Ueberschuß, so ist den Nachkommen oder dem überlebenden Ehegatten des Erblassers trotz der früheren Ausschlagung auf gestelltes Begehren der Antritt des Nachlasses nachträglich zu gestatten.

1. Zu Abs. 1. In diesem Falle ist Konkurs über den Nachlaß zu eröffnen, vgl. § 22, Ziffer 4 des Konkursgesetzes.

2. Zu Abs. 2. Dieser Absatz ist in der kantonsräthlichen Berathung neu hinzugefügt worden. Ein solcher sich unerwartet ergebender Ueberschuß soll nicht wie Bluntschli nach dem früheren Rechte annahm als erbloses Gut dem Staate zufallen.

§ 939.

[1997]. Wer in dem guten Glauben, Erbe zu sein, eine Verlassenschaft übernommen und während zehn Jahren besessen hat, ist von da an als Erbe gegenüber allen anderen Erbansprechern, welche nicht innerhalb dieser Frist die Erbschaftsklage anhängig gemacht und fortgesetzt haben, zu schützen.

Vorbehalten bleibt § 920.

1. Bluntschli's Entwurf hatte folgende Bestimmungen vorgeschlagen: „Sowohl gegen eine schädliche Uebernahme als gegen eine Ausschlagung der Erbschaft kann der Erbe aus erheblichen Gründen bei dem Gerichte Restitution erlangen.“ Für denselben wurde angeführt: Es werden sehr erhebliche Gründe der Restitution vorausgesetzt, um auffallende Ungerechtigkeiten zu verhindern. Auch bei sorgfältigen Personen seien über die Solvenz oder Insolvenz eines Nachlasses arge Täuschungen möglich. Es können z. B. im Momente des Todes des Erblassers so viele Aktiven vorhanden und so wenig Passiven sichtbar sein, daß die Erben ohne Bedenken die Verlassenschaft übernehmen, später aber eine große Bürgschaftsverpflichtung oder eine bedeutende Schuldverschreibung zum Vorschein kommen, welche die Insolvenz der Erbschaft nach sich ziehe. Umgekehrt könne eine Erbschaft allgemein als überschuldet angesehen und daher ausgeschlagen werden, und hintendrein erhebliche Aktiven sich zeigen, durch welche jene Schulden

mehr als gedeckt werden. In solchen Fällen helfe nur die Restitution. Dagegen wurde bemerkt, unserem Verfahren sei das Institut der Restitution fast ganz unbekannt, und wenn daraus auch in höchst seltenen Ausnahmen einzelne Härten entstehen mögen, so seien wir auf der andern Seite von dem größeren Uebel der Rechtsunsicherheit und Prozeßsucht befreit, welche durch die Gestattung der Restitutionsgesuche verursacht werden. Für zweifelhafte Fälle sei durch die Rechtswohlthat des Inventars gesorgt. Da zugestanden wurde, die Restitution in dem Falle des § 934 zu gestatten, so entschied sich die Mehrheit gegen die Aufnahme der vorgeschlagenen Bestimmung.

2. Während zehn Jahren. Diese Frist steht in Uebereinstimmung mit der Ersitzung von Liegenschaften (§ 122). Vgl. Z. XII, 225, Nro. 118 mit Art. 146 schweiz. OR.

3. Dies ist nicht nur eine Verjährung der Erbschaftsklage, sondern eine Ersitzung des Erbrechtes; darum ist der gute Glaube nothwendig. (Vgl. Z. XIV, 212 Erw. 3 a.) Nach dem Wortlaute des Paragraphen ist wohl anzunehmen, daß wie im gemeinen Recht der gute Glaube während der ganzen Verjährungszeit bestanden haben muß.

4. Für die Unterbrechung der Ersitzung sind nunmehr in Anlehnung an die frühere Praxis (Z. XV, 303, Erw. 8) wohl die Art. 155 ff. maßgebend, abgesehen von dem Fall des Eintretens bösen Glaubens.

5. Diese Ersitzung greift da nicht Platz, wo es sich um die Uebertragung einer bereits erworbenen Erbschaft handelt. (Z. XVII, 206, Erw. 12.)

§ 940.

[1998]. Der gutgläubige Besitzer einer Verlassenschaft hat mit Bezug auf die Früchte derselben das nämliche Recht, welches dem gutgläubigen Besitzer einer einzelnen Sache zusteht (§§ 85 u. ff.).

1. Demzufolge darf der gutgläubige Besitzer in der Regel alle Früchte und Zinsen der Verlassenschaft, welche er vor der Mittheilung der Klage bezogen hat, zurückbehalten, auch wenn er den Nachlaß an den wahren Erben herausgeben muß. (Z. XI, 14, Erw. 6.)

D. Oeffentliches Inventar.

§ 941.

[1999]. Jeder Erbe ist berechtigt, zur rechten Zeit (§§ 932 und 933) die Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars bei dem Gerichte in Anspruch zu nehmen.

Begehrt einer von mehreren Miterben das öffentliche Inventar, so wirkt dasselbe für alle gleichmäßig und wird auf gemeinschaftliche Kosten angefertigt; es wäre denn, daß jetzt schon ein Miterbe sich für unbedingte Uebernahme der Verlassenschaft erklären und dadurch die Kosten des Inventares von sich ablehnen wollte.

1. Rechtswohlthat, das im römischen Recht sogen. Beneficium inventarii.

2. Für alle gleichmäßig. Da das Inventar im gemeinsamen Interesse aller Erben liegt, so wäre es unbillig, wenn nur die Einen, die zunächst das Begehren gestellt haben, die Kosten zu übernehmen hätten. Die Gleichmäßigkeit ist indessen nicht absolute Gleichheit, sondern richtet sich nach den Erbtheilen, welche das Verhältniß der Erben zur Erbschaft bestimmen.

§ 942.

[2000]. Das Inventar wird von der betreffenden Notariatskanzlei besorgt. Auf Verlangen eines Erben und auf dessen Kosten ist eine Schatzung der einzelnen Erbschaftssachen nach dem muthmaßlichen Verkehrswerthe dem Inventar beizufügen.

1. Das Inventar hat den Zweck, eine Vermögensübersicht in Aktiven und Passiven zu gewähren und dadurch den Erben eine Grundlage für ihr Urtheil zu verschaffen, ob sie die Erbschaft als solvent übernehmen oder als insolvent ausschlagen wollen. Zu diesem Behufe ist die Schatzung der Aktiven dienlich; indessen kommt in Berücksichtigung, daß jede amtliche Schatzung mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist und keineswegs volle Sicherheit gewährt. Es ist daher den Erben überlassen, ob sie für sich schätzen oder eine amtliche Schatzung begehren wollen.

§ 943.

[2001]. Sowohl die Erbschaftsgläubiger als die Erbschaftsschuldner sind theils durch allgemeine öffentliche, theils, soweit es den Umständen gemäß erscheint, durch besondere Ladungen zu veranlassen, ihre Forderungen beziehungsweise Schulden binnen Frist der Notariatskanzlei richtig anzumelden.

1. Soweit es den Umständen gemäß erscheint; insbesondere an diejenigen Gläubiger und Schuldner, welche aus den Angaben der Erben oder aus Büchern und Schriften des Erblassers oder den Notariats- oder Pfandprotokollen ersichtlich sind, sollen Spezialladungen erlassen werden. Für die Anmeldung ins Konkursprotokoll ist der Kreis der Spezialladungen durch das Gesetz enger gezogen, s. § 77 des Konkursgesetzes.

2. Dieser Paragraph gilt nicht für die Forderungen aus dem Testamente des Erblassers. (Z. XIX, 328.)

3. In der Ladung sollen für den Fall der Nichtanmeldung die Gläubiger auf die Bestimmung des § 944 aufmerksam gemacht, die Erbschaftsschuldner mit Strafe bedroht werden.

§ 944.

[2002]. Alle nicht angemeldeten Schuldforderungen, welche weder aus den Notariats- noch aus den Pfandprotokollen mit Bestimmtheit ersichtlich, noch durch Faustpfänder gedeckt sind, sind gegenüber den Erben, welche die Erbschaft auf Grundlage des Inventars übernommen haben, als erloschen

zu betrachten. Verfährt der Erbe arglistig, so kommt ihm dieser Rechtsvortheil nicht zu gute.

1. Nach römischem Recht hat das beneficium inventarii nicht zur Folge, daß nicht angemeldete Forderungen untergehen, sondern nur, daß die Erben nicht über den Betrag der Erbschaftsaktiven hinaus für die Passiven des Nachlasses haften. Für die Gläubiger ist es unter Umständen eine große Härte, wenn sie ihre an sich wohlbegründeten Forderungen aus dem bloß formalen Grunde verlieren sollen, daß sie dieselben nicht bei Errichtung des Inventars angemeldet haben. Auf der andern Seite soll das Inventar den Erben Sicherheit gewähren, daß sie nicht für mehr Erbschaftsschulden einstehen müssen, als ihnen durch dasselbe bekannt gemacht und überbunden worden sind. Das Inventar wird gewöhnlich in zweifelhaften Fällen begehrt, in denen es ganz besonders wünschbar ist, daß die Erben gegen spätere Anforderungen sicher seien. Auch ist es naturgemäß, daß ein sorgfältiger und wachsamer Gläubiger eher Zahlung erlange, als ein sorgloser. Jener wird anmelden, dieser leichter die Anmeldung versäumen. Man verständigte sich daher, unser bisheriges System des Inventars, im Gegensatz zu dem gemeinrechtlichen, aufrecht zu halten. Für einzelne Ausnahmsfälle sorgt der folgende Paragraph der bei der jetzigen Revision im Sinne des römischen Rechtes etwas modifizirt worden ist.

2. Ist eine Forderung zwar angemeldet, aber ihr Betrag zu gering angegeben worden, so gereicht das Versehen wie eine Nichtanmeldung dem Gläubiger zum Schaden. (Z. XIII, 372.) So mit Bezug auf nicht angemeldete Zinsen (Z. XXV, 402).

3. Vgl. § 943, 2. Auch die Wittwe braucht ihre gesetzlichen Erbansprüche nicht anzumelden. (B. XIV, 197; XVII, 431; Z. IV, 299, Nro. 147; XVI, 376). Gerade um diese Ansprüche auszuschließen, ist hier der frühere Ausdruck „Forderungen" in „Schuldforderungen" verändert worden. Das Obergericht hat erklärt, daß der Paragraph sich auch auf Eigenthumsansprüche (Vindikationen) beziehe (Z. IX, 24.) Dies sollte durch die neue Fassung wohl nicht geändert werden.

4. Eine gehörig und rechtzeitig in das öffentliche Inventar angemeldete Forderung geht auch dann nicht unter, wenn der Notar sie nicht in das Inventar aufgenommen hat. (HG. Bl. VI, 382.)

5. Das Obergericht hat vor Erlaß des privatr. GB. erklärt, die Erben haften auch für nicht angemeldete Forderungen, deren Existenz ihnen zur Zeit des Antrittes der Erbschaft bekannt gewesen sei. (B. XIV, 197; XVII, 426.) Später aber hat es dies dahin modifizirt, daß diese Haftung doch nur bei doloser Bestreitung der Erben eintrete. (Z. XXV, 402.)

§ 945.

[2003]. W i e d e r h e r s t e l l u n g gegen die Verwirkung einer Erbschaftsforderung darf, falls die Erbschaft schon angetreten ist, nur ausnahmsweise aus erheblichen Gründen, und in allen Fällen nur insoweit gestattet werden, als anzunehmen ist, daß die Erbschaft zureiche, um auch eine solche wiederhergestellte Forderung zu befriedigen.

1. Vgl. § 944, 1. Es sind hier die Worte „falls die Erbschaft schon angetreten ist" eingeschoben worden. Das Obergericht hatte in einem speziellen Falle erklärt, wenn

die Forderung zwar nach Ablauf der Anmeldefrist, aber vor dem Erbschaftsantritt angemeldet werde, so sei die Zulässigkeit oder das Maß der Wiederherstellung nicht von der Größe der Erbschaft abhängig, die Erben können aber unter Umständen Erstreckung der Deliberationsfrist gemäß § 948 verlangen; dagegen könne auch in diesem Falle die Restitution nur aus erheblichen Gründen durch Gerichtsbeschluß ertheilt werden. (Z. XXII, 211, Nro. 124.) Im Anschluß an dieses Urtheil ist der Zusatz in den § hineingefügt worden, aber er gibt ihm einen andern Sinn. Der Betrag der Erbschaft ist jetzt für die Restitutionsfrage wie im römischen Recht immer maßgebend; aber die Restitution ist, wenn ein Antritt noch nicht stattgefunden hat, nicht nur ausnahmsweise aus erheblichen Gründen zu ertheilen.

2. Nach dem Erbschaftsantritt ist über die Frage, ob Restitution zu ertheilen sei, nicht durch Grrichtsbeschluß zu entscheiden, sondern der Ansprecher hat seine Forderung durch Klage gegen die Erben oder auf dem Wege des Rechtstriebes geltend zu machen und seine Behauptung, daß ihm Restitution zu ertheilen sei, wird zum Gegenstande einer Replik gegenüber der Einrede der Verwirkung. (Z. XXII, 211, Nro. 124.)

3. Erhebliche Gründe. Z. B. der Umstand, daß der Gläubiger nicht einmal den Tod seines Schuldners erfahren hat. (Z. XXII, 213, Nr. 125.)

§ 946.

[2004]. Forderungen, deren Dasein erst nach Ablauf der Anmeldungsfrist ersichtlich wird, können auch nachher noch von den Gläubigern gegen die Erben geltend gemacht werden, jedoch nur soweit, als die Erben in der Erbschaft Ersatz gefunden haben.

S. § 945, 1.

§ 947.

[2005]. Ist das öffentliche Inventar gezogen, so ist dasselbe auf Anordnung des Gerichtes den Erben zur Einsicht zuzustellen und sind dieselben unter Ansetzung einer angemessenen Frist aufzufordern, sich entweder zur Uebernahme oder zur Ausschlagung der Erbschaft zu erklären.

1. Zur Uebernahme oder zur Ausschlagung. Das Gericht kann je nach Umständen androhen, daß das Stillschweigen als Uebernahme (selbstverständlich auf Grundlage des Inventars, Z. XIII, 371, Nro. 109) oder als Ausschlagen interpretirt werde. Erscheint nach der Vorlage des Inventars die Erbschaft als solvent, so wird die erstere Annahme vorzuziehen sein. Ist die Solvenz zweifelhaft, oder die Insolvenz gewiß, so wird eher die Ausschlagung zu vermuthen sein. (Vgl. § 949.)

§ 948.

[2006]. Ist über wichtige Bestandtheile der Erbschaft Streit und hängt von dem Ausgange des Prozesses der Entscheid über die Uebernahme oder Ausschlagung der Erbschaft ab, so kann die Frist bis zur Erledigung des Prozesses erstreckt werden. Es ist aber zugleich auf Wah-

rung der Rechte der Erbschaftsgläubiger Bedacht zu nehmen. Insbesondere kann den Ansprechern, deren Ansprüche bestritten sind, unter Androhung von Rechtsnachtheilen Frist angesetzt werden zur gerichtlichen Geltendmachung derselben.

1. Der Schlußsatz ist neu hinzugefügt worden. Schon nach dem alten Rechte war ausgesprochen worden, daß die erbberechtigten Personen wie wirkliche Erben berechtigt seien die Streitfragen zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen (M. XI, 280; B. V, 355; XIII, 223, Nro. 40) und daß dabei die Androhung an den dritten Ansprecher dahin gefaßt werden dürfe, daß wenn er seinen Anspruch nicht binnen Frist gerichtlich anhängig mache, Verzicht auf denselben angenommen werde. (Z. VIII, 427.) Es war dann aber Zweifel darüber entstanden, ob Angesichts des Prozeßgesetzes § 283 „Niemand kann gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen, oder früher als er will, geltend zu machen; vorbehalten bleiben die durch das Gesetz ausdrücklich gewährten Ausnahmen“ dies noch zulässig sei. Dieser Zweifel ist nunmehr beseitigt.

§ 949.

[2007]. Lassen die Erben die Ueberlegungsfrist stillschweigend vorübergehen, so ist anzunehmen, sie haben die Erbschaft übernommen.

Das Gericht ist indessen befugt, je nach Umständen auch anzudrohen, daß Stillschweigen als Ausschlagung ausgelegt werde.

Vgl. § 947.

§ 950.

[2008]. Wird die Erbschaft übernommen, so haften auch die das Inventar begehrenden Erben für die angemeldeten oder ihnen gleichstehenden (§ 944) Erbschaftsschulden wie in allen anderen Fällen der Uebernahme einer Erbschaft nicht bloß, soweit die Aktiven der Erbschaft reichen, sondern unbeschränkt.

1. Erbschaftsschulden. Es sind hier zunächst die hinterlassenen Schulden des Erblassers gemeint, nicht die Vermächtnisse, von denen § 1031 handelt.

2. Unbeschränkt. Reichen die Aktiven der Verlassenschaft nicht aus, um die Erbschaftsschulden zu decken, so müssen die Erben dieselben aus ihrem übrigen Vermögen bezahlen.

§ 951.

[2009]. Uebernimmt der überlebende Ehegatte nach der Ausschlagung der Erbschaft von Seite der das Inventar begehrenden Erben die Verlassenschaft (§ 937), so tritt er in alle Rechte ein, welche diesen aus dem Inventar zugekommen wären.

1. Vgl. § 937, 1. Die nicht angemeldeten Forderungen können also auch nicht gegen ihn geltend gemacht werden. Vgl. §§ 944 bis 946. Anders ist es, wenn über

die Verlassenschaft der Konkurs eröffnet wird. Dann können die Gläubiger, welche die Anmeldung zum Inventar versäumt haben, ihre Forderungen neuerdings geltend machen. (Z. XIII, 372.)

§ 952.

[2010]. Schlagen die Erben aus, so haben sie die Kosten des öffentlichen Inventares soweit zu tragen, als dasselbe nicht zugleich zum Konkursprotokolle dient; vorbehalten bleibt die Bestimmung des § 776.

1. Das Inventar ist nur im Interesse der Erben, nicht in dem der Gläubiger errichtet worden. Daher haben auch jene, nicht diese, in dem Falle der Ausschlagung für die Kosten einzustehen. Indessen kann das Inventar zur Herstellung des Konkursprotokolls benutzt und es können daher für dieses Kosten erspart werden. Insofern ist es billig, wenigstens einen Theil der Inventarkosten auf Rechnung des Konkurses zu übernehmen. Das Gesetz betreffend die Eintheilung des Kantons in Notariatskreise u. s. w. vom 24. September 1873 (Off.S. Bd. XVII, 333) § 33 bestimmt: „Wird in Fällen der Rechtswohlthat des öffentlichen Inventars die Erbschaft von den Erben ausgeschlagen und dient alsdann das Inventar als Grundlage für das Konkursprotokoll, so kann der Konkursmasse nur die Hälfte der Staatsgebühr berechnet werden.“

Fünftes Kapitel.

Wirkungen des Erwerbes der Erbschaft.

A. Stellvertretung des Erblassers.

§ 953.

[1830, 1849, 1861, 2011]. Die Erben treten in der Regel in allen vermögensrechtlichen Beziehungen an die Stelle des Erblassers.

1. In der Regel. Vgl. Z. XIII, 193. Mit Bezug auf die Steuern kommt es darauf an, ob der Erblasser noch gelebt hat, als die Steuer verlegt wurde; Z. X, 258, Nro. 8; auch dann hat der ganze Nachlaß zu haften, wenn die Verlegung zwar erst nach dem Tode des Erblassers, aber vor der Theilung des Nachlasses stattgefunden hat; Z. XIV, 362, Nro. 58, 364, Nro. 59; XVI, 377, Nro. 128. Es gibt jedoch streng persönliche vermögensrechtliche Verhältnisse, welche nicht auf die Erben übergehen; so der Nießbrauch, das Leibgeding, die Unterstützungspflicht in manchen Fällen.

2. Die angeführten §§ 1830, 1849 und 1861 hatten bestimmt, daß die Verpflichtung zum Schadenersatz aus strafbaren oder andern widerrechtlichen Handlungen, so auch aus Drohungen, auf die Erben übergehen. Das ist nun von selbst in dem allgemeinen Satze inbegriffen.

3. Bluntschli's Entwurf hatte ferner vorgeschlagen: „Die Erben sind verpflichtet, für ein anständiges Begräbniß des Erblassers zu sorgen.“ Dagegen wurde das Bedenken

erhoben, daß diese Pflicht in manchen Fällen anderen Personen obliegen könne. Insbesondere sei es Sitte, daß der Ehemann die Begräbnißkosten für die Frau zu bestreiten habe, und es wäre durchaus unschicklich, würde er nun, gestützt auf diesen Paragraph, die Begräbnißkosten den Erben der Frau verrechnen. Wenn man daher überhaupt etwas sagen wolle, so wäre eine Vorschrift des Inhalts vorzuziehen, daß die nächsten Verwandten nöthigenfalls für das Begräbniß zu sorgen haben, auch wenn sie die Erbschaft nicht übernehmen wollen. Man verständigte sich aber dahin, die ganze Bestimmung zu streichen und der Sitte alles Weitere zu überlassen.

4. Auch die Rechte und Verpflichtungen aus einem Schiedsvertrage, inbegriffen die prorogatio fori nach § 102 des Rechtspflegegesetzes, gehen danach, im Unterschiede zum römischen Recht, auf die Erben über. (OG. 1886, Nro. 112.)

§ 954.

[2012]. Sind mehrere Erben (Miterben) vorhanden, so erwerben sie in der Regel an allen Erbschaftssachen Miteigenthum je nach Verhältniß der Erbtheile.

1. An allen Erbschaftssachen. Eine Ausnahme ist in den Fällen begründet, in welchen bestimmte Personen einzelne Stücke der Verlassenschaft vorwegzunehmen das Recht haben, wie z. B. die Söhne oder die Töchter ihren Voraus oder der überlebende Ehegatte den Hausrath. Dagegen gelangen die Liegenschaften, zunächst in das Miteigenthum auch der Töchter mit den Söhnen. Das Vorzugsrecht der Söhne daran wird erst durch die Erbtheilung realisirt. (B. XIX, 256; Z. XVIII, 193, Nro. 109; HB. VI, 92.)

2. Miteigenthum. Vgl. § 108 ff.; Z. VII, 87, Nro. 35. Es ist daher möglich, daß ein Erbe für seinen Theil rechtsgültige Verpflichtungen eingehe, z. B. durch Anerkennung eines Testaments, während ein anderer Erbe das nicht thut. (Z. I, 206.)

§ 955.

[2013]. Die Söhne sind berechtigt, vor der Erbschaftstheilung die Uebernahme der Liegenschaften zu erklären und dadurch die Besorgung und den Fruchtgenuß derselben vor der eigentlichen Zufertigung an sich zu ziehen. Die Schatzung der Liegenschaften ist in diesem Falle auf die Zeit dieser Uebernahmserklärung zu beziehen.

1. Diese Bestimmung wurde aufgenommen, um das Recht der Söhne auf die Liegenschaften besser zu sichern und Streitigkeiten unter den Erben über die Bewirthschaftung der Güter zu verhindern. Würde die Wirthschaft und der Fruchtgenuß erst nach der Erbtheilung den Söhnen überlassen, vor derselben aber allen Kindern gemeinsam zustehen, so hätten die Töchter, beziehungsweise die Tochtermänner, ein Interesse, die Erbtheilung aufzuschieben, und die Söhne, die doch Willens und berechtigt sind, die Liegenschaften schließlich zu übernehmen, wären in der Fortsetzung der väterlichen Wirthschaft vielfältig gehemmt. Diesem Uebel können sie nun durch eine vorläufige Uebernahmerklärnng ausweichen und dadurch ihre freie Verwaltung sichern. (Z. I, 237, Nro. 106.)

2. Dem das Haus des Erblassers bewohnenden Miterben ist eine angemessene Kündigungsfrist zu gewähren (Z. XVIII, 178.)

3. Berechtigt. Die Miterben können eine diesfällige Erklärung verlangen (Z. XXII, 296).

4. Der Sohn, welcher von diesem Rechte Gebrauch macht, ist dagegen verpflichtet, die auf den Liegenschaften ruhenden Lasten zu tragen (HB. VI, 92) und den Töchtern das durch die Theilung zu ermittelnde Aequivalent ihrer Antheile an den Liegenschaften zu verzinsen. (Z. XVIII, 178; XXII, 296.)

§ 956.

[2014]. Erbschaftsforderungen gehen auf mehrere Erben so über, daß jeder Miterbe, so lange eine Forderung nicht einem einzelnen Erben zugetheilt worden ist, den seiner Erbquote entsprechenden Theil derselben geltend machen kann.

1. Das frühere zürcherische Recht nahm in einem solchen Falle eine sogenannte Gesammt- oder Theilforderung an, entsprechend der Gesammt- oder Theilschuld der §§ 818 und 957, vgl. § 818, 4. Die Expertenkommission fand aber, es sei kein Bedürfniß, dieses Rechtsgebilde beizubehalten und ging daher zu dem Grundsatze des römischen Rechtes über, nach welchem die Erbschaftsforderung sich nach den Erbantheilen theilen, nomina ipso jure sunt divisa.

2. Z. B. der Erblasser hinterläßt zwei Söhne A und B und von einer vorverstorbenen Tochter zwei Enkel C und D. Da werden A und B Kreditoren aller Erbschaftsforderungen je zu $^1/_3$, C und D je zu $^1/_6$.

§ 957.

[2014, 2015]. In Erbschaftsschulden treten mehrere Miterben in der Weise ein, daß jeder zunächst nur für den seiner Erbquote entsprechenden Theil der Schuld haftet, falls aber ein Miterbe zahlungsunfähig ist, die übrigen Miterben für seine Rate wieder nach Verhältniß ihrer Erbtheile einzustehen haben.

In der Regel haftet jeder Erbe für die Erbschaftsschulden persönlich ohne Rücksicht darauf, ob und welchen Ersatz er in der Erbschaft empfangen habe.

1. Das ist ein noch beibehaltener Fall der sogen. Gesammt- oder Theilschuld s. § 818, 4, § 956; OG. 1886, Nro. 4, Vgl. § 1026, 1.

2. Zu Abs. 2. Dies ist eine Folge des in § 953 anerkannten Grundsatzes. Ausnahmen s. §§ 944—946.

3. Diese Haftung des Erben bleibt, auch wenn er den erworbenen Erbtheil einem Andern, z. B. einem Miterben abtritt. (B. XIX, 39, Nro. 17; 40, Nro. 18; Z. III, 206.)

§ 958.

[2016]. Wenn die Erbschaftsgläubiger die Gefahr bescheinigen, daß ihre Forderungen durch die Vermischung der Verlassenschaft mit dem

übrigen Vermögen des Erben Schaden leiden, so sind dieselben berechtigt, bei dem Gerichte auf Sonderung der Verlassenschaft, soweit dieselbe zur vorherigen Befriedigung ihrer Forderungen nöthig ist, zu dringen.

Ein solches Begehren ist binnen drei Monaten von dem Todestage des Erblassers an gerechnet zu stellen.

Das Gericht verfügt nach vorheriger Prüfung des Falles, was nöthig ist, diesen Zweck zu erreichen. Insbesondere sorgt es, wenn das Konkursverfahren gegen den Erben durchgeführt worden ist, für eine besondere Liquidation der Erbschaftsmasse.

1. Die Erbschaftsgläubiger. Den Gläubigern eines Erben, welche durch Uebernahme einer insolventen Erbschaft in ihren Interessen auch gefährdet werden, steht ein solches Recht auf Sonderung (Separationsrecht) nicht zu, da die Gläubiger ihren Schuldner nicht verhindern können, neue Schulden einzugehen. Die Gläubiger des Erblassers dagegen haben dieses Recht, weil ihre Forderungen zunächst auf die Erbschaft sich beziehen und in dieser ihre Deckung finden.

2. Die Gefahr bescheinigen. Ein strenger Beweis wird nicht erfordert; die Wahrscheinlichkeit der Gefahr berechtigt schon zu Maßregeln, um das drohende Uebel abzuwenden. (Vgl. Z. VII, 174.)

3. Den Gläubigern des Erben kommt in diesem Falle nur der Ueberschuß der Aktiven seines Erbtheils über dessen Passiven zu. Uebersteigen die letzteren die ersteren, so können nach römischem Recht hinwieder die Erbschaftsgläubiger auch nicht auf das bisherige Vermögen des Schuldners greifen (wie beim beneficium inventarii); hier ist jedoch ein solcher Nachtheil nicht angedroht.

4. Das Begehren kann auch von einem einzelnen Kreditor für seine Forderung gestellt werden (Z. XXIII, 236, Nro, 95.)

B. Theilung der Erbschaft.

§ 959.

[2017]. Jeder Erbe ist jederzeit berechtigt, Theilung der Erbschaft zu begehren, soweit diese nöthig ist, um den ihm zukommenden Theil auszuscheiden.

Den übrigen Miterben steht es frei, unter sich für den unvertheilt bleibenden Bestandtheil der Verlassenschaft die Gemeinschaft fortzusetzen.

1. Theilung s. §§ 114 ff.

2. Jederzeit, auch während des Konkurses eines der Erben. (B. VIII, 226 Nro. 28.)

3. Fortzusetzen. In diesem Falle liegt eine einfache Gesellschaft vor, s. schweiz. OR. Art. 524 ff.

§ 960.

[2018]. In der Regel haben die Erben unter sich gleiche Rechte auf die zu der Verlassenschaft gehörenden Vermögensstücke und können daher, soweit die Natur der Sachen es zuläßt, Anweisung derselben in Natura verlangen.

1. In der Regel. Eine Ausnahme machen die besondern Vorzugsrechte der Söhne und der Töchter; unter sich aber haben die einen wie die andern wieder gleichartige Rechte. Soweit daher einer Naturaltheilung nicht besondere Gründe entgegenstehen, hat jeder der Miterben ein Recht auf dieselbe.

2. Die Erben. Die Anwendung dieser Regel auf das Verhältniß des überlebenden Ehegatten zu den Erben versteht sich nicht von selbst, weder wenn es sich um die Quote des Ehegatten handelt, woran er Eigenthum erwirbt, noch wenn die Nutznießung sich auf einen Theil der Erbschaft bezieht. (Z. IX, 14.)

3. Wenn eine Erbschaftssache körperliche Theilung zuläßt, so kann demzufolge kein Erbe ohne die Einwilligung der andern verlangen, daß sie auf die Gant, sei es nur unter den Erben oder öffentlich, gebracht werde. (M. II, 33.)

§ 961.

[2019]. Ein zusammenhängendes Stück landwirthschaftlichen Bodens, welches weniger als vierzig Aren umfaßt, wird in der Regel, wenn nicht sämmtliche Erben über weitere Theilung sich verständigen, als nicht weiter theilbar angesehen, und ist bei der Theilung einem der Miterben gegen Entschädigung an die übrigen ganz zuzutheilen.

Ebenso ist bei der Theilung größerer landwirthschaftlicher Grundstücke unter Mehrere darauf zu achten, daß die einzelnen zusammenhängenden Theile nicht unter zwanzig Aren herabsinken.

Weinberge sind bis auf fünf Aren als theilbar anzusehen.

Auf Gärten, Pünten und Bauplätze findet diese Bestimmung keine Anwendung.

1. Vierzig Aren. Dieses Maß und die folgenden Bruchtheile davon sind an Stelle der Juchart und ihrer Bruchtheile (44,444 Quadratfuß an Stelle von 40,000) gesetzt worden.

2. Bluntschli schreibt: „Diese Bestimmung hat den Zweck, einer unvernünftigen Anwendung der Naturaltheilung und der übermäßigen Zerstückelung landwirthschaftlicher Grundstücke entgegen zu wirken. Sie bezieht sich nicht auf die Zertheilung ganzer Gutskomplexe; die Theilbarkeit des Grundeigenthums unter die Erben im Gegensatze zu einer singulären Erbfolge in geschlossene Bauerngüter ist bei uns schon lange anerkannt und man wagte nicht, das herkömmliche Erbrecht in dieser Beziehung zu verändern. Das ganze Land ist bereits in eine große Zahl kleiner Güter getheilt und es gibt verhältnißmäßig nur wenige große Güter. Dieses System mit seinen Vorzügen und seinen Nachtheilen ist eine Grundlage unsres ganzen privatrechtlichen und politischen

Rechtszustandes. Dagegen schien es zulässig, einer übertriebenen Zersplitterung auch der einzelnen Ackerstücke Schranken zu setzen. Da nach dem alten System der Dreifelder-Wirthschaft jeder begüterte Dorfgenosse in wenigstens drei verschiedenen Fluren Aecker besitzt, so bringt eine fortgesetzte Theilung dieser Aecker in kleinere Stücke zuletzt so kleine Theile hervor, daß dieselben für sich nicht mehr gehörig bebaut werden können. Die damit verbundenen Uebelstände werden schon lange schwer empfunden, und das Uebel wächst von Generation zu Generation. Das Bedürfniß zu so kleinlicher Realtheilung dagegen nimmt immer mehr ab, je mehr die Dreifelder-Wirthschaft in Abgang kommt und die Arrondirung der Güter fortschreitet. Die Zertheilung der Güter unter Lebenden und die Veräußerung einzelner Parzellen ist weit weniger gefährlich, als diese erbrechtliche Zersplitterung. Die erstere ist oft nur scheinbar eine Zerstückelung und dient vielmehr häufig zur Arrondirung, die letztere dagegen wirkt meist schädlich. Es war daher schon wiederholt von Kennern der landwirthschaftlichen Verhältnisse auf eine Verbesserung des Erbrechts in diesem Sinne gedrungen worden. Aehnliche Bestimmungen finden sich auch in andern neuern deutschen und schweizerischen Gesetzgebungen. Aus diesen Gründen wurden die anfänglichen Bedenken einzelner Mitglieder gegen eine solche Vorschrift beseitigt, und nur über die Frage fand in der Kommission eine Abstimmung statt, ob das Verbot auch dann gelte, wenn die Erben unter einander über solche Theilung einig geworden seien. Der Entwurf hatte die Landschreiber „verpflichtet, bei der kanzleiischen Fertigung solcher Theilungen von Liegenschaften darauf zu achten, daß diese Bestimmungen zur Anwendung kommen", und für eine ausnahmsweise weitere Theilung landwirthschaftlichen Bodens die Zustimmung des betreffenden Gemeindrathes gefordert. Die Mehrheit der Kommission war aber der Meinung, daß eine solche Beschränkung der Vertragsfreiheit zu weit gehe und den Notaren und Gemeindräthen zu viel Rechte einräume. Es wurde daher beschlossen, die Bedingung aufzunehmen, „wenn nicht sämmtliche Erben über weitere Theilung sich verständigen" und von der vorgeschlagenen amtlichen Einwirkung zu abstrahiren."

3. Ein Stück landwirthschaftlichen Bodens, bestehe derselbe in Ackerfeld oder Wiese.

4. Sich verständigen. Die Verständigung muß schriftlich geschehen, s. § 414.

§ 962.

[2020]. Sind ausnahmsweise Gründe für weitere Theilung landwirthschaftlichen Bodens vorhanden, so kann das Gericht ungeachtet der Einsprache einzelner Erben dieselbe anordnen.

1. Das gerichtliche Theilungsverfahren gibt dem Richter die Veranlassung, die obige Regel zur Anwendung zu bringen, und der einzelne Erbe hat ein Recht zu verlangen, daß dieselbe geachtet werde. Indessen können die Umstände eine Abweichung rechtfertigen.

§ 963.

[2021]. Können sich die Miterben weder über die Zutheilung eines Erbtheiles oder einzelner Vermögensstücke zu einem Erbtheile, noch über die Anwendung des Looses verständigen, so entscheidet das gerichtliche Theilungsverfahren (§§ 115 und 116).

1. Der Richter hat freies Ermessen darüber, ob eine Auskaufssumme auf Ein Mal oder in Raten zu zahlen, kürzere oder längere Zeit unkündbar zu kreditiren sei. (Z. XX, 349, 350.)

2. Die Miterben können Versicherung einer solchen Auskaufssumme auf der vom Erben übernommenen Liegenschaft verlangen, auch wenn darüber im Theilungsvertrage nichts gesagt ist, vgl. § 335 lit. b.

3. Ueber die Schätzung von Bauerngütern bei einer solchen Theilung, insbesondere von Gebäulichkeiten s. Z. XVI, 247, Nro. 41. Der Assekuranzwerth ist hiebei nicht immer maßgebend.

4. Mit Bezug auf die durch die Erbtheilung den einzelnen Erben zugeschiedenen Rechte haben dieselben, wenn im Theilungsvertrage nichts Anderes bedungen ist, einander wie Verkäufer Garantie zu leisten (Eviktion zu prästiren) vgl. schweiz. OR. Art. 235 ff., B. XIV, 427, Nro. 76. Sehr oft aber wird eine sechsjährige Garantiezeit, insbesondere für die Erbschaftsforderungen, bedungen. (M. III, 170, Nro. 10; Z. XXIII, 405, Nro. 32.)

§ 964.

[2022]. Die einzelnen Erbschaftsforderungen sind in der Regel ganz auf einen Erben als Berechtigten zu übertragen.

Vgl. § 963, 4.

§ 965.

[2023]. War ein Erbe selbst Schuldner des Erblassers, so hat er diese Erbschaftsforderung voraus auf seinen Erbtheil zu übernehmen.

1. Das gilt nicht für die Schuld des Ehemannes einer Erbin. (Z. XXIV, 111, Erw. 13.)

§ 966.

[2024]. Ergibt sich aus den Verhältnissen, daß der Erblasser Kapitalverwendungen für einen nachherigen Erben mit Rücksicht auf dessen zukünftigen Erbtheil gemacht oder in dieser Absicht die Rückforderung eines dem Erben gemachten Vorschusses unterlassen hat, so ist der Betrag derselben bei der Erbtheilung in Abrechnung zu bringen.

1. Es handelt sich um zwei Fälle:

a. Ein Erblasser will einen nahen Anverwandten, z. B. einen Bruder, vor dem Konkurs retten und befriedigt dessen Gläubiger, oder er gibt demselben ein Kapital zur Gründung eines Etablissements. In manchen Fällen der Art wird der Erbe einfach Schuldner des Erblassers werden, und es kommt der § 965 zur Anwendung. In andern Fällen aber erscheint die Handlung des Erblassers als eine mit Rücksicht auf die wahrscheinliche Beerbung gemachte und auf den zukünftigen Erbtheil des Bedachten bezogene Liberalität. Der Erblasser will bei seinen Lebzeiten keine Forderung geltend machen; er

will auch seinen übrigen Erben keine Forderung der Art hinterlassen, aber er ist der Meinung, daß der bei seinen Lebzeiten schon bedachte Erbe, was er zum Voraus empfangen, an seinem Erbtheil sich abrechnen lassen müsse, damit die Gleichheit unter den Erben wieder hergestellt sei.

b. Ein Erblasser hat eine wirkliche Forderung, z. B. aus Darlehen gegen einen Erben erworben, aber da er sieht, daß demselben die Rückzahlung schwer falle, unterläßt er die Rückforderung in der Absicht, diese Kapitalverwendung dem zukünftigen Erbtheil desselben anzurechnen und so die Pietätsrücksicht gegen diesen Erben mit der Billigkeitsrücksicht gegen die übrigen Erben zu verbinden.

In diesen Fällen kann über die Anwendung des § 965 Zweifel entstehen. Dieser Zweifel wird noch verstärkt durch den Gedanken an die Verjährung der Forderungen. Kann sich der bedachte Erbe auf die eingetretene Verjährung seiner Schuld berufen und in Folge dessen die Schuld als erloschen von sich ablehnen? Endlich kommt überdem die Analogie der Ausstattung der Kinder mit Kapital in Betracht (§§ 862 ff.). Um diesem Bedenken zu entgegnen, wurde beschlossen, den Paragraph als eine Interpretationsregel anzunehmen.

2. Als solche Kapitalverwendungen sind die Summen nicht anzusehen, welche der Erblasser dem Ehemann seiner Tochter als Kommanditär in dessen Handelsgeschäft gegeben und in Folge dessen verloren hat. (Z. XXIV, 110, Erw. 11—13.)

§ 967.

[2025]. Jeder Erbe ist den anderen gegenüber berechtigt, darauf zu dringen, daß die Erbschaftsschulden soweit möglich abgelöst werden oder, wenn das nicht angeht, je eine Schuld ganz einem Erben zur Bezahlung angewiesen werde. Im letzteren Falle werden die Miterben aber erst dann frei von der Schuld, wenn der Gläubiger jenen einzelnen Erben als seinen alleinigen Schuldner anerkennt.

Bis diese Ueberweisung geschehen, kann der Erbschaftsgläubiger jeden Erben als Trager (§§ 314 u. ff.) bezeichnen. Diese Bezeichnung muß jedoch, um wirksam zu sein, der rechtlichen Belangung vorausgehen.

Mit Bezug auf die Anweisung grundversicherter Schuldner kommen die §§ 361 u. ff. zur Anwendung.

1. Die Erbschaftsschulden. Sind mehrere Erben da, so haften dieselben zunächst als Theilschuldner nach Verhältniß ihrer Erbantheile (§ 2014). Es hat aber jeder Erbe ein Interesse, daß diese Gemeinschaft sobald möglich gelöst werde und auch hier eine Auseinandersetzung stattfinde. Der einfachste Weg zu diesem Ziel ist die Bezahlung der Schuld. Stehen dieser aber Hindernisse im Wege, z. B. weil die Forderung erst auf spätere Termine fällig wird, so muß ein anderer Weg zur Liquidation eingeschlagen werden. Dazu dient die Anweisung der einzelnen Gesammtschulden an einzelne Erben zur Bezahlung. Dieselbe wirkt freilich nur im Verhältniß der Erben zu einander, nicht ohne weiteres im Verhältniß zum Gläubiger, dem alle Erben für die Bezahlung haften. Erst wenn der Gläubiger seinerseits die Anweisung billigt, und

den angewiesenen Erben als alleinigen Schuldner anerkennt, ist die Gesammtschuld in eine einfache Schuld verwandelt. (Vgl. Z. XI, 470.)

2. Als Trager. Die Ueberweisung von Seite der Erben an einen unter ihnen bezeichnet diesen als Trager gegenüber dem Gläubiger. Wird diese Anweisung unterlassen, so kann der Gläubiger selbst einen der Erben als Trager belangen, und ist nicht verpflichtet, alle Erben zugleich zu belangen. Die Analogie der Einzinserei bei grundversicherten Schulden kommt hier zur Anwendung. (Z. IX, 72, XX, 341, Nro. 124.)

3. Zu Abs. 2. Der Schlußsatz ist neu. Es soll dadurch verhütet werden, daß ein Erbe mit dem Rechtstriebe für die ganze Forderung überrumpelt werde. Wie lange vor dem Rechtstriebe die Bezeichnung erfolgt sein müsse, ist freilich nicht gesagt; das wird Sache richterlichen Ermessens sein: bei größeren Forderungen länger, bei kleineren kürzer.

§ 968.

[2026]. Abgesehen von den allgemeinen Gründen der Aufhebung eines Vertrages (Schweizerisches Obligationenrecht Art. 18 u. ff.) kann ein Miterbe einen geschlossenen Theilungsvertrag auch dann anfechten, wenn er dabei um wenigstens einen Drittel seines reinen Erbtheiles zu Schaden gekommen ist. Diese Anfechtung kann jedoch nur innerhalb eines Jahres seit der Theilung erfolgen.

1. Der Paragraph ist nicht materiell geändert, sondern nur dem schweiz. OR. angepaßt worden. Die allgemeinen Gründe sind wesentlicher Irrthum (OR. Art. 18—23), Betrug (das. Art. 24, 25) z. B. wenn ein Theil der Aktiven verheimlicht, oder doloser Weise Schulden in Anrechnung gebracht worden sind, die nicht existiren; Zwang (das. Art. 26, 27). Auch für diese Gründe gilt die Frist eines Jahres (Art. 28 das.); sie treffen aber auch dann zu, wenn nicht ein Schaden von einem Drittel des Erbtheils vorliegt. Die beträchtliche Uebervortheilung ohne einen dieser Gründe wird læsio enormis genannt.

2. Die Miterben, die überlebenden Ehegatten inbegriffen. (Z. V, 423, Erw. 2; XVII, 192, Erw. 2.)

3. Ueber die Theilung verständigt. Die Bestimmung bezieht sich nur auf Erbtheilungs-, nicht ebenso auf Auskaufsverträge. (B. XIX, 43; Z. V, 48, 411, 424) noch auch auf den Kauf einer Erbanwartschaft. (Z. XX, 353, Erw. 2.) Vgl. § 1081, 2.

4. Ueber einen Drittheil. Die Bestimmung hat den Zweck, die einmal geschehene Erbtheilung gegen spätere Anfechtung zu sichern und derartige meist gehässige Erbschaftsstreitigkeiten möglichst zu verhindern. Ueber das frühere Recht vergleiche Z. V, 48; Stadterbrecht III, § 11.

Zweiter Abschnitt.

Von den letztwilligen Verordnungen (Testamenten und Erbverträgen).

Erstes Kapitel.

Pflichttheil.

A. Größe des Pflichttheiles.

§ 969.

[2027]. Letztwillige Verordnungen des Erblassers werden nur insoweit rechtlich geschützt, als dieselben den der erbberechtigten Familie gebührenden Pflichttheil nicht verletzen.

1. Bluntschli schreibt: „Der alte germanische Grundgedanke: „Die Erbfolge ist von Rechtes wegen durch die bestehenden Familienverhältnisse (Verwandtschaft und Ehe) geordnet", ist noch die Regel unsers Rechts und unserer Sitte. Wir gestatten zwar seit langem auch dem Willen des Erblassers einigen Einfluß auf die Nachfolge in seine Verlassenschaft und haben den schroffen Grundsatz unserer alamannischen Vorfahren vor tausend Jahren, daß Niemand berechtigt sei, über seinen Tod hinaus zu verfügen, seit mehreren Jahrhunderten verlassen. Aber noch immer verhält sich alle auf letztem Willen beruhende Erbfolge gegen die gesetzliche Familienerbfolge nur wie die Ausnahme zur Regel. Wir setzen in der Sprache und in der Sitte immer diese als sich von selbst verstehend voraus, und das Leben kennt wenig Fälle, in denen durch letzten Willen Erben berufen werden, die nicht schon zuvor als Familienerben, abgesehen von dem individuellen Willen, da waren.

Die Testirfreiheit, d. h. die Befugniß des Erblassers, in Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge über die Verlassenschaft Verordnungen zu treffen, ist schwerlich in irgend einem europäischen Rechte mehr beschränkt als sie in dem unsrigen bisher gewesen ist." (Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 10 sammt den Erläuterungen p. 65; Th. III, § 8). „Das ältere Pflichttheilsystem war sehr umfassend und wirkte auch in entlegenen Kreisen der Verwandtschaft. Den Kindern mußte die ganze Verlassenschaft hinterlassen werden, mit Ausnahme der verhältnißmäßig geringen Vermächtnisse, die gestattet waren, den Geschwistern noch das ganze ererbte Gut und mindestens ein Viertheil des errungenen. Sogar die Kinder von Geschwisterkindern (sobrini) hatten noch ein festes Anrecht auf einen Drittheil des ererbten Gutes."

Schon das Erbrecht von 1855 hatte die Tendenz, die Testirfreiheit zu erweitern, ohne jedoch zu dem römischen Grundgedanken voller Testirfreiheit als Regel überzugehen.

Vielmehr hielt dasselbe an dem deutschen Prinzip, daß das natürliche Erbrecht zunächst zu beachten sei, fest.

„Eine Erweiterung der individuellen Freiheit zu letztwilligen Verfügungen" fährt Bluntschli fort, „schien aber durch die Zeitentwicklung geboten. So enge und in sich fest geordnet ist der Familienverband heute nicht mehr wie vor Jahrhunderten. Das ganze moderne Leben ist in höherem Grade der individuellen Entwicklung günstig, und diese wirkt oft auflösend auf die Familiengemeinschaft. Ebenso ist der ganze Vermögensverkehr weit beweglicher geworden als früher und mehr von der individuellen Thätigkeit abhängig, daher gebührt auch der individuellen Verfügung ein größerer Spielraum. Dem freien Willen des Individuums kommt überhaupt in allen Gebieten des modernen Lebens" (wie das im römischen Rechte der Fall ist) „ein gesteigerter Einfluß zu. Es wäre daher eine unerklärte Anomalie, wenn er im Erbrecht allein auf Beschränkungen stieße, die ihm jede Bewegung untersagten oder übermäßig erschwerten. Die Regel der Familienerbfolge verdient Beachtung; aber wo das Leben Modifikationen fordert, wo neben diesen festen Verhältnissen auch andere Pietätsbeziehungen in Betracht kommen, da soll auch die besondere Ausnahme möglich sein; da beginnt das natürliche Gebiet der Willensfreiheit. Und was durch das gesetzliche Erbrecht im einzelnen Fall nicht hinreichend bedacht ist, das soll der Erblasser, der sein eigenes Vermögen hinterläßt, bedenken, dafür soll er sorgen dürfen.

Der Unterschied, den das ältere Erbrecht macht zwischen ererbtem Gut und gewonnenem und errungenem Gut, hat zwar einen natürlichen Grund. Jedermann begreift es, daß die Familienerbfolge und das Erbgut, und ebenso daß die freie letztwillige Verfügung und die Errungenschaft in einer nähern Beziehung zu einander stehen. Jedermann findet es billig, daß man vorzugsweise wieder der Familie das Vermögen zu hinterlassen habe, das man von der Familie her bekommen, und daß man eher über das Vermögen verfügen dürfe, welches man durch eigene Thätigkeit erworben habe.

Dessen ungeachtet schienen der Kommission die Gründe für das Aufgeben dieses Unterschiedes überwiegend. Die nämlichen Schwierigkeiten, welche abhielten, genau im einzelnen Falle zu prüfen, woher jeder Theil des Vermögens an den Erblasser gekommen sei und dazu nöthigten, eine einfachere Theilung unter die väterlichen und die mütterlichen Verwandten vorzuschlagen, hindern auch hier die genauere Prüfung, ob und wie viel Erbgut von der väterlichen Seite oder von der mütterlichen Seite an den Erblasser gelangt sei, und die Bestimmung eines besondern Pflichttheils je für die einen oder für die andern Erben. Wird die Verlassenschaft, in Ermanglung von Nachkommen, in zwei Hälften getheilt, so ist in jeder Hälfte möglicherweise einiges Erbgut von beiden Seiten her und einige Errungenschaft und es läßt sich das nicht mehr ausscheiden. Sieht man aber von so genauer Sonderung ab, und will man sich nur an den allgemeinen Gegensatz von Erbgut, gleichviel von welcher Seite es gekommen, und von Errungenschaft halten, so ist schwer einzusehen, weßhalb denn väterliches Erbgut den mütterlichen Verwandten des Erblassers in höherem Maße als errungenes Vermögen desselben zu hinterlassen sei. Ueberdem ist eben, je beweglicher und veränderlicher das Vermögen geworden, nach einem Menschenalter fast nicht mehr mit Sicherheit zu bestimmen, wie viel in einer Verlassenschaft als Erbgut und wie viel als Errungenschaft zu erklären sei. Die Streitigkeiten darüber sind an sich höchst widerwärtig, die Familienruhe störend und verwickelt. Es ist daher besser, durch die Bestimmungen über den Pflichttheil, dieselben statt zu veranlassen, eher abzuschneiden.

Das geschieht, sobald man jenem Unterschied keine rechtlichen Wirkungen beilegt, denn nur um dieser willen entsteht hier Familien- und Erbstreit. Man darf das um so eher, als jener Unterschied doch nicht für sich allein entscheidet, indem einerseits die unversehrte Erhaltung des ererbten Gutes doch auch größtentheils von der individuellen freien Sorge und Sparsamkeit des Eigenthümers abhängig ist, und anderseits die Rücksicht auf den Familienverband und auf die natürlichen Erben nicht aufhört zu wirken, wenn der Erblasser nur errungenes Gut, nicht auch Erbgut besitzt. Indem die Testirfreiheit eine allgemeine Erweiterung erhielt, war es auch um so weniger nöthig, die Bestimmungen über den Pflichttheil durch weitere Unterscheidungen zu verwickeln. Daher wurde das Maß des Pflichttheils auf die ganze reine Verlassenschaft (nach Abzug der Schulden) bezogen."

2. Allein die Bestimmungen dieses zürcherischen Pflichttheilsrechtes haben sich nicht bewährt. Von vornherein war höchst unklar und zweifelhaft, wie der Pflichttheil der Erben bemessen werden müsse, wenn zugleich ein überlebender Ehegatte da sei, worüber die Abhandlung von Oberrichter F. Pestalozzi in Z. VIII, 1 ff. eingehend sich ausspricht. Ferner war der Grundsatz, daß der Pflichttheil eine Quote der reinen Verlassenschaft sein solle, nicht durchweg festgehalten worden; und er erschien auch überhaupt nicht gerechtfertigt. Es ist nicht zu begründen, warum der Pflichttheil eines Neffen deswegen größer sein sollte, weil neben ihm noch ein Bruder erbt. Viel richtiger mußte der Grundsatz des römischen Rechtes erscheinen, nach welchem der Pflichttheil eines Erben stets in einer Quote seines gesetzlichen Erbtheiles besteht. Durchschlagend aber war endlich die sich immer mehr verbreitende Ueberzeugung, daß auch die Testirfreiheit des privatrechtlichen Gesetzbuches noch allzugering sei und diesfalls ein weiterer Schritt im Sinne römischer Willensfreiheit gethan werden sollte. Dieser Schritt ist im Entwurf 1878 gethan worden, und bei der jetzigen Revision wurden die diesfälligen Bestimmungen jenes Entwurfes materiell unverändert in das neue Gesetz herüber genommen. Die Expertenkommission hat wohl nicht mit Unrecht in ihrem Berichte an den Regierungsrath gesagt: „Das Pflichttheilsrecht ist in dieser Form viel klarer, einfacher und grundsätzlicher geordnet als nach den bisherigen Bestimmungen. Durch die neuen Bestimmungen wurde zugleich die Testirfreiheit, die wohl in wenigen Ländern so sehr beschränkt ist wie bei uns, etwas erweitert, namentlich gegenüber den Deszendenten." Diese Bemerkung ist dann auch in dem beleuchtenden Bericht an das Volk übergegangen. Die Erweiterung ergibt sich wohl am besten aus folgender Tabelle:

Testirfreiheit nach dem	**alten**	**neuen** Recht	**Pflichttheil**	
bei folgenden Erben:	Quote der reinen Verlassenschaft	Quote des gesetzlichen Erbtheils	altes Recht	neues Recht
Ehelichen Nachkommen gegenüber Dritten	1/10	1/4	9/10	3/4
unter sich	1/5	1/4	4/5	3/4
Eltern	1/4	2/4	3/4	2/4
Geschwister	1/3	3/4	2/3	1/4
Nachkommen der Geschwister	1/2	3/4	1/2	1/4
Großeltern	2/3	3/4	1/3	1/4
Deren Kinder und Enkel	4/5	4/4	1/5	—

Die volle Testirfreiheit beginnt also jetzt schon bei Onkel und Tante, während nach dem früheren Rechte diese, und auch noch die Geschwisterkinder, einen Pflichttheil von $^1/_5$ der reinen Verlassenschaft hatten. Der Pflichttheil des Ehegatten beträgt wie vorher $^3/_4$ seines gesetzlichen Erbtheils (§ 974), aber dieser gesetzliche Erbtheil selbst ist bedeutender als früher, s. §§ 899 ff. Sehr oft wird die Testirfreiheit zur Begünstigung der Wittwen benutzt, und es liegt also auch in deren Erweiterung wieder ein Mittel, das Loos der Wittwen bedeutend besser zu gestalten, als nach dem früheren Rechte.

3. Wer ein Testament wegen Verletzung seines Pflichttheiles angreifen will, hat als Kläger aufzutreten und die Verletzung zu beweisen. (Z. XV, 232, Erw. 2; vgl. M. IV, 42, 158; Z. II, 438, Nro. 128.)

4. Die Gläubiger eines Pflichttheilsberechtigten sind nicht legitimirt, ein Testament wegen Verletzung des Pflichttheils ihres Schuldners anzugreifen. (OG. 1875, 126.)

5. Der Pflichttheil muß, außer dem Falle des § 975, frei von Lasten hinterlassen werden; (B. IX, 350; X, 135; XIV, 330); dagegen kann wohl einem Pflichttheilsberechtigten mehr als sein Pflichttheil beträgt an Kapital mit einer auf dem Ganzen ruhenden Last hinterlassen werden, wenn nur der Werth des Hinterlassenen nach Abzug der Last nicht unter den Werth des Pflichttheils sinkt. (B. XII, 317, Nro. 24.)

§ 970.

[2028, 2030, 2032—2034]. Der Pflichttheil beträgt:

a. für die Nachkommen des Erblassers drei Viertel des gesetzlichen Erbtheiles;

b. für Vater oder Mutter des Erblassers zwei Viertel des gesetzlichen Erbtheiles;

c. für die entfernteren Erben der elterlichen Parentel und für die Großeltern einen Viertel des gesetzlichen Erbtheiles.

Entferntere Verwandte haben kein Pflichttheilsrecht.

1. Vgl. § 969, 2.

2. Zu lit. a. Der alte § 2028 sagte „eheliche Nachkommen", und die §§ 2040 und 2041 stellten dann besondere Bestimmungen auf zu Gunsten der unehelichen. Durch den Entwurf 1878 und das neue Gesetz sind nun diese jenen ganz ganz gleich gestellt, s. § 893, 2, darum die genannten beiden Artikel weggefallen.

§ 971.

[2029, 2031]. Der Pflichttheil des Adoptivkindes in der Verlassenschaft der Adoptiveltern beträgt die Hälfte und der Pflichttheil der Adoptiveltern in der Verlassenschaft des Adoptivkindes einen Viertel des gesetzlichen Erbrechtes.

1. Gesetzliches Erbrecht des Adoptivkindes, s. § 869; der Adoptiveltern s. § 881.

2. Pflichttheil der Adoptiveltern. Nach dem alten § 2031 betrug derselbe die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils.

3. In der Verlassenschaft der natürlichen Eltern beträgt der Pflichttheil $^3/_4$ des gesetzlichen Erbtheils (eines halben Kindestheiles, s. § 870) wie der der andern Kinder.

§ 972.

[2035]. Wenn einzelne Erben infolge des Eintrittsrechtes auf eine höhere Linie kommen, z. B. wenn neben Vater oder Mutter auch Nachkommen des verstorbenen Elterntheiles zur Erbschaft gelangen, so haben sie auf den Pflichttheil dieser höheren Linie Anspruch.

1. Materiell ist hier am frühern Rechte nichts geändert. Der Satz selbst dürfte freilich nach der jetzigen Natur des Pflichttheils, welcher in einer Quote des Intestaterbtheils besteht, schwer zu begründen sein. Der Redaktor trug (in Uebereinstimmung mit dem „Gerichtssaal") auf Streichung desselben an, blieb aber in Minderheit.

§ 973.

[2037]. In welcher Form dem pflichttheilberechtigten Erben der Pflichttheil zukomme, ob infolge des gesetzlichen Erbrechtes oder der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses, ist gleichgültig. Demselben wird auch das angerechnet, was er durch frühere Ausrichtung oder Ausstattung oder an dem Erbtheile anzurechnende Kapitalverwendung (§§ 863 und 966) empfangen hat.

1. In welcher Form. Eine Einsetzung des pflichttheilsberechtigten Erben in das Testament ist nicht erforderlich; es kommt nur darauf an, daß der vermögensrechtliche Werth des Pflichttheils dem Berechtigten zu Theil geworden sei. Es kann auch ein Nießbrauch sein (OG 1886, Nro. 35). Dabei werden indessen nur solche Zuwendungen in Anrechnung gebracht, welche entweder aus der Verlassenschaft herausgenommen oder, wenn unter Lebenden geschehen, doch bei der Erbtheilung in die Verlassenschaft einzuwerfen sind. (M. IV, 404; XII, 39; B. XVI, 430.)

2. Das bezieht sich auch auf den Ehegatten (Z. VII, 178, Nro. 105).

§ 974.

[2038]. Der überlebende Ehegatte ist bis auf drei Viertel der durch die §§ 900, 901 und 905 bestimmten erbrechtlichen Vortheile gegen beeinträchtigende letztwillige Verfügungen des Erblassers zu schützen.

Brautleute haben einen derartigen Schutz nicht anzusprechen.

1. Vgl. § 969, 2 am Ende. Nach dem Stadterbrecht Th. I, § 10, war es die Hälfte. Im Falle des § 905 erhält also nunmehr die Ehefrau einen Pflichttheil, welcher gleich $^3/_4$ des ganzen Nachlasses ist. Dies ist eine wie es scheint unbewußte Neuerung. Nach dem früheren § 2038 erhielt sie in diesem Falle nur einen Pflichttheil von $^3/_4$ von $^1/_4$ des Nachlasses zu eigen oder $^3/_4$ von $^2/_3$ zur Nutznießung, und so auch der überlebende Ehemann. Man sagte, der Testator dürfe nicht dadurch schlechteren Rechtes werden, daß kein erbfähiger Verwandter von ihm mehr am Leben

sei. Aber allerdings wurde dadurch, namentlich bei der Ausdrucksweise des § 2038, die Sache unklar.

§ 975.

[2039]. Der Erblasser darf seinem überlebenden Ehegatten außer dem diesem von Gesetzes wegen oder zufolge testamentarischer Verordnung zukommenden Eigenthum auch die lebenslängliche Nutznießung an der ganzen Verlassenschaft, somit auch an dem Pflichttheile der gesetzlichen Erben zuwenden, jedoch mit folgender Beschränkung: Sind eheliche Nachkommen die nächsten Erben, so darf sich die Nutznießung nur auf so lange über ihre ganzen Erbtheile erstrecken, als dieselben weder in die Ehe getreten noch volljährig geworden sind; von da an ist die Nutznießung des überlebenden Ehegatten bis auf die Hälfte des betreffenden Erbantheiles zu beschränken.

1. Die Worte „außer dem . . . Eigenthum" sind neu hinzugefügt worden, nicht behufs materieller Aenderung, sondern nur der Deutlichkeit wegen. (Vgl. Z. XIV, 246; XXI, 315.)

2. Bis auf die Hälfte. Vor 1856 war es gestattet, diese Nutznießung auch nachher noch auf den ganzen Erbtheil der Kinder auszudehnen. (Stadterbrecht, add. p. 66, Rathserkenntniß vom 7. November 1724.) Dadurch wurden aber die volljährigen Kinder zu sehr in ihrem natürlichen Erbrecht verkürzt. Sie kamen öfter gar nicht in den Genuß ihres Vermögens. Eine Beschränkung des Nutznießungsrechts schien daher zur Ausgleichung der entgegengesetzten Interessen nothwendig.

3. Auf die Klage pflichttheilsberechtigter Erben aus der großelterlichen Parentel wurde in einem Fall ein Testament, durch welches der Erblasser seiner Frau die ganze Verlassenschaft als alleiniger Erbin hinterlassen hatte, theilweise aufgehoben und den Klägern der Pflichttheil zugesprochen. Ueberdem wurde das Begehren der Wittwe, daß ihr an diesem Pflichttheil Nutznießung verstattet werde, verworfen, weil zwar der Erblasser ihr die Nutznießung davon hätte vermachen können, aber nicht vermacht habe, und testamentarische Verfügungen im Gegensatz zu dem gesetzlichen Erbrecht nur dann zu schützen seien, wenn der Wille des Erblassers unzweifelhaft ausgesprochen sei. (Z. V, 264.)

4. Dieses Recht ist unabhängig von der Verpflichtung zum Unterhalt der Kinder (Z. XXI, 271, Erw. 2.)

5. Dieses Nutznießungsrecht kann an der ganzen nicht nur an der reinen Verlassenschaft also an den vorhandenen Sachen in natura bestellt werden (OG. 1878, Nro. 37; 1886 Nro. 35; HB. V, 379).

6. Die Zuwendung der „lebenslänglichen Nutznießung der ganzen Verlassenschaft, jedoch nur in unverändertem Stande" an die Wittwe fällt nicht dahin, wenn diese ein uneheliches Kind gebirt. (Z. XIII, 380, Nro. 114.)

7. Der auf Grund von § 988 an Stelle seines enterbten Vaters zum Erben eingesetzte Enkel kann die Herausgabe der Hälfte seines Erbtheils sofort verlangen, da sein Vater in die Ehe getreten ist, und muß nicht warten bis er selbst in die Ehe tritt oder volljährig wird. (HB. VI, 361.)

B. Ausschließung von dem Pflichttheile.

§ 976.

[2042]. Der Erblasser ist berechtigt, den Erben ganz von dem Pflichttheile auszuschließen:

a. wenn dieser ihn in großer Noth auf eine lieblose Weise im Stiche gelassen oder sonst auf eine grobe Weise die dem Erblasser gebührenden verwandtschaftlichen Rücksichten verletzt oder beharrlich mißachtet hat;

b. wenn der Erbe wegen eines gemeinen (nicht politischen) Verbrechens, welches eine entschieden niedere und unmoralische Gesinnung verräth, bestraft worden ist;

c. wenn der Erbe sich einer liederlichen oder entehrenden Lebensweise hingegeben hat.

1. Auszuschließen. (Vgl. Stadterbrecht Th. III, p. 10.) In welcher Form die Ausschließung geschehe, ob durch formelle Enterbung oder durch einen materiellen Entzug der Verlassenschaft, ist unerheblich, aber nöthig, daß die Ausschließung in dem letzten Willen erwähnt und begründet werde (§ 977).

2. Zu lit. a. Da das Pflichttheilsrecht der Erben auf dem Pietätsverband mit dem Erblasser beruht, so können jene durch grobe Impietät gegen diese ihr Recht verwirken. Das Gesetz hat es mit Absicht vermieden, hier so kasuistisch zu verfahren, wie Justinians Novelle 115. Es überläßt es dem moralischen Gefühl des Richters, je nach dem Zusammenhang der Umstände eine Ausschließung aus diesem Grunde für begründet oder für ungültig zu erklären. Wenn der Erbe z. B. einer andern politischen Partei folgt, als der Erblasser, oder zu einer andern Konfession übertritt, oder in eine dem Erblasser verhaßte Familie heirathet, so ist das nicht als Impietät gegen den Erblasser aufzufassen. Wenn dagegen der Erbe den Erblasser schwer verleumdet oder ihm eine tiefe, seine Lebensstellung erschütternde Beschimpfung zufügt, oder sich an ihm thätlich vergreift, oder ihm böswilligerweise erheblichen Schaden zufügt, so können dergleichen Missethaten die Ausschließung des Erben begründen. (Z. XIII, 378.) Es ist indessen damit nicht leicht zu nehmen (Z. XVII, 66, Erw. 3; 69 d; 70 Erw. 5 ff.).

3. Zu lit. b. Ein in der Hitze des Zorns verübter Todtschlag wird zwar härter bestraft als ein gemeiner Diebstahl oder Betrug. Dessen ungeachtet berechtigen nicht jenes, wohl aber diese Verbrechen den Erblasser zur Ausschließung.

4. Zu lit. c. Was ist Liederlichkeit? S. Z. XVI, 41, Erw. 4 u. ff.

5. Mit dem Beweise des Enterbungsgrundes, der vom Testamentserben geleistet werden muß, darf es nicht all zu streng genommen werden, da schon die Erklärung des Erblassers im Testament ein Indizium für die Existenz des Enterbungsgrundes bildet (Z. XII, 40, XIII, 373, Erw. 2, a; XVI, 40, Erw. 3; XXIII, 238; Seiffert Arch. X, Nro. 70).

6. Der Enterbungsgrund fällt weg durch Verzeihung, die aber bewiesen sein muß (Z. XVI, 44, Erw. 9).

7. Einen weitern Grund einen Erben vom Pflichttheil auszuschließen, s. in § 1086.

§ 977.

[2043]. Die Gründe der Ausschließung eines Erben vom Pflichttheil sind jederzeit von dem Erblasser in der letztwilligen Verordnung zu bezeichnen, widrigenfalls die Ausschließung nicht gilt.

1. In der letztwilligen Verordnung. Eine stillschweigende Ausschließung genügt um so weniger, als das gesetzliche Erbrecht sich zunächst neben dem Testament von selbst versteht. Die Ausschließung wirkt auch nicht, wenn sie in einem Privatbrief den Erben angedroht oder erklärt wird; sie ist ein letztwilliger Akt und bedarf daher der Form des Testaments oder Erbvertrags.

2. Bezeichnen. Dagegen brauchen nicht einzelne Vorfälle erzählt zu werden (Z. XXIII, 238.)

§ 978.

[2044]. Alle letztwilligen Anordnungen des Erblassers sind dem pflichttheilberechtigten Erben gegenüber, soweit sie dessen Pflichttheil beeinträchtigen, ungültig.

Der Erbe ist befugt, sowohl sein gesetzliches Erbrecht bis auf diesen Betrag auszuüben, als jene Verfügungen soweit nöthig durch eine Klage anzufechten.

1. Dem pflichttheilberechtigten Erben gegenüber. Die Ungültigkeit ist eine relative, keine absolute, sie ist abhängig von dem Willen des verkürzten Erben. Macht dieser sein Pflichttheilsrecht nicht geltend, so können die übrigen Erben das Vermächtniß nicht anfechten, und der Richter darf nicht von Amtswegen die Ungültigkeit aussprechen.

2. Soweit sie dessen Pflichttheil beeinträchtigen. Die letzte Willensverordnung bleibt somit in voller Kraft, soweit sie den Pflichttheil nicht verletzt. Der pflichttheilsberechtigte Erbe kann nur verlangen, daß ihm der Pflichttheil unvermindert zukomme, nicht daß er mehr als diesen erhalte. (Vgl. § 969, 5, § 1050.)

§ 979.

[2045.] Im Zweifel ist anzunehmen, daß sowohl an den Erbtheilen, insoweit dieselben auf letztwilliger Verordnung beruhen, als an den Vermächtnissen nach Verhältniß ihres Werthes der zur Ergänzung des Pflichttheiles nöthige Abzug zu machen sei.

Sind aber einem pflichttheilberechtigten Erben besondere Vermächtnisse überbunden, durch welche sein Pflichttheil verletzt wird, so ist der Abzug vorerst an diesen vorzunehmen.

1. Im Zweifel ist anzunehmen. (Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 9, Abs. 6.) Es ist das nur eine Regel der Auslegung. Ergeben sich aus dem letzten Willen andere Verfügungen des Erblassers; hat derselbe z. B. erklärt, „insoferne mein Erbe B nicht den vollen Pflichttheil erhalten sollte, so soll derselbe durch den Erben D ergänzt werden“,

so ist diese Verfügung zu beachten; im Zweifel aber ist die Annahme natürlich, daß alle in dem letzten Willen über ihren gesetzlichen Erbtheil hinaus bedachten Personen nach Verhältniß ihrer Vortheile den Pflichttheil ergänzen müssen. Wenn die übrigen Erben mehr als ihren gesetzlichen Erbtheil empfangen, so müssen sie sich den Abzug gleich den Legataren gefallen lassen; erhalten sie aber nicht mehr als ihren Erbantheil, so trifft der Abzug nur die Legatare.

2. Besondere Vermächtnisse. Z. B. Mein Erbe B soll an den C 1000 Fr. bezahlen. Hier wird zuerst an diesem Vermächtniß ein Abzug gemacht, um den Pflichttheil des B zu ergänzen, und nur, wenn dieser Abzug nicht genügen sollte, werden die übrigen Vermächtnisse, die allen Erben gemeinsam auferlegt sind, angefochten.

3. Demzufolge müssen die den Pflichttheil belastenden Vermächtnisse oder anderen Erbeinsetzungen verhältnißmäßig reduzirt werden; z. B. der Pflichttheil eines Erben beträgt Fr. 6000 —; der Testator hat ihm aber 2 Vermächtnisse, nämlich zu Gunsten von A von Fr. 800, zu Gunsten von B von Fr. 200 auferlegt, welche ihm nur Fr. 5600 überlassen; diese Vermächtnisse müssen also um Fr. 400 gekürzt werden, und zwar nach der Proportion LL (Gesammtsumme der Vermächtnisse) zu ll (reduzirter Betrag derselben) = L (das einzelne Vermächtniß) : X; also im vorliegenden Falle

LL : ll = L : X

bei A 1000 : 600 = 800 : X; X = 480 Fr.

bei B 1000 : 600 = 200 : X; X = 120 „

§ 980.

[2046]. Ebenso ist der Pflichttheilberechtigte befugt, die Gültigkeit eines Geschäftes unter Lebenden, in der Regel jedoch erst nach dem Tode des Erblassers, anzufechten, insofern dasselbe wesentlich die Absicht birgt, das Erbgesetz zu umgehen und dem Erben den Pflichttheil zu entziehen.

1. Vgl. §§ 556, 483 ff.

2. Der Pflichttheilberechtigte. Die Bestimmung gilt von dem überlebenden Ehegatten ebenso wie von den eigentlichen Erben. (Z. VII, 178.)

3. Erst nach dem Tode. Der Erblasser braucht sich daher bei Lebzeiten keine ihn beschränkenden oder ihm lästigen Maßregeln gefallen zu lassen, durch welche dem Erben die spätere Anfechtung gesichert oder erleichtert wird. (Z. VIII, 140; XVII, 275.)

4. In der Regel. Wann trifft eine Ausnahme zu? In der alten Redaktion folgte gleich § 2047 (jetzt 985) und begann mit den Worten: „Ausnahmsweise kann die Anwendung" u. s. w.; aber es war auch da nicht klar, ob § 2047 schon bei Lebzeiten des Erblassers anwendbar sei, denn wie OG. 1884, Nro. 140, p. 68 sagt, stand dieser Paragraph mit jenem Worte ursprünglich in anderem Zusammenhang. So stehen auch jetzt die Worte „in der Regel" in der Luft. Es kann damit etwa auf die in § 983 angeführten Sicherungsmaßregeln hingewiesen werden.

§ 981.

[1079]. Insbesondere kann, wenn die Form einer Schenkung unter Lebenden dazu mißbraucht worden ist, die Bestimmungen über den

Pflichttheil zu umgehen, das Rechtsgeschäft von den pflichttheilberechtigten Erben nach dem Tode des Erblassers als pflichtwidrig angefochten und gerichtlich insoweit wirkungslos gemacht und Wiederherstellung verfügt werden, als der Pflichttheil verletzt erscheint.

Der Beschenkte in gutem Glauben haftet jedoch nur, soweit er noch bereichert ist.

1. Es kommt wohl vor, daß die Form der Schenkung unter Lebenden gewählt wird, um in ihr eine Schenkung von Todeswegen zu verbergen und so das Erbgesetz zu umgehen. Zum Schein schenkt man bei Lebzeiten und übt so scheinbar das Recht freier Verfügung, in Wahrheit will man aber auf den Todesfall schenken und, wozu man nicht berechtigt ist, den Pflichttheil der Erben durch wesentlich letztwillige Verfügungen schmälern. Gegen derlei Scheingeschäfte soll das Recht Schutz gewähren. Dieselben können daher als pflichtwidrig angefochten werden (querela inofficiosæ donationis).

2. Nach dem Tode. So lange der Schenkgeber lebt, ist es noch durchaus ungewiß, ob seine nächsten Verwandten, die wir allerdings deutschem Sprachgebrauch gemäß jetzt schon Erben nennen, ihn auch wirklich beerben werden, und daher ebenso ungewiß, ob sie irgend in ihrem Erbrecht verletzt werden. Sie werden zu wirklichen Erben erst, wenn sie den Tod des Erblassers erlebt haben und dann noch die nächsten erbberechtigten Verwandten sind. (§ 983.) Vorher haben sie nur eine erbrechtliche Anwartschaft, nach den natürlichen Familienverhältnissen.

3. Insoweit. Auch die pflichtwidrige Schenkung ist nicht an sich ungültig, sondern nur wenn sie von den verletzten Erben angefochten und in Folge dessen von dem Richter aufgehoben wird, und sie ist es auch nicht nothwendig ihrem ganzen Betrage nach, sondern nur insoweit, als sie dem Pflichttheil Abbruch thut. Der noch bereicherte Beschenkte muß daher nur so viel herausgeben, als zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist. (II. 1765.)

4. Noch bereichert. Es kann sich ereignen, daß der Beschenkte nichts davon weiß, daß der Schenkgeber pflichttheilsberechtigte Erben habe und diese um ihren Pflichttheil verkürze. Dann ist er in gutem Glauben (vgl. § 983, 1), und wenn er das Geschenk aufbraucht, so daß er zur Zeit der Anfechtung der pflichtwidrigen Schenkung nicht mehr bereichert erscheint, so wäre es unbillig, ihm den Ersatz aus seinem Vermögen aufzuladen. (Vgl. § 435, 1.)

5. Das gilt auch von einem simulirten Kauf, in welchem eine Schenkung steckt. Bei Beantwortung der Frage, ob in einem solchen eine pflichtwidrige Schenkung liege, ist der Stand des Vermögens des Verkäufers zur Zeit des Rechtsgeschäftes zu Grunde zu legen. OG. 1876, Nro. 24 (mit Literaturangaben).

6. Dieser Paragraph hat keine ernstlich gemeinte, unter Lebenden unwiderruflich und ohne Beziehung auf den Tod des Schenkenden vollzogenen Schenkungen im Auge, sondern solche Schenkungen, die zwar unter Lebenden vorgenommen werden, bei denen aber die Absicht besteht, in Wirklichkeit entweder eine Schenkung auf den Todesfall, d. h. eine solche, welche nur dann in Kraft bestehen soll, wenn der Beschenkte den Schenkenden überlebt, vorzunehmen, oder zwar ohne diesen Vorbehalt zu schenken, jedoch in Voraussicht des nahen Todes des Schenkenden oder sonst unter Umständen,

welche bewirken, daß die durch die Schenkung herbeigeführte Vermögensminderung nicht dem Schenkenden selbst, sondern erst seinen Erben fühlbar werde. (M. IV, 379; B. III, 23, Nro. 44; XII, 66; XVI, 436; Z. XVII, 277; XXIII, 389; OG. 1884 Nro. 140.)

7. Auch der Schenkgeber selbst kann eine solche Schenkung anfechten. (B. XVII, 50, Nro. 60.)

§ 982.

[1080]. Auf die pflichtwidrige Absicht ist insbesondere zu schließen:

a. wenn die Schenkung im Angesichte des bevorstehenden Todes gemacht worden ist;

b. wenn der Schenker sich bis zu seinem Tode den freien Widerruf vorbehalten hat;

c. wenn der Schenker zwar die Schenkung unwiderruflich gemacht, aber zugleich dafür gesorgt hat, daß die Schmälerung des Vermögens nicht ihm selbst, sondern erst seinen Erben fühlbar werde.

1. Insbesondere. Dieses Wort ist neu eingefügt worden in der Absicht, damit in Uebereinstimmung mit der bestehenden Gerichtspraxis anzudeuten, daß die angeführten Fälle nur Beispiele sind, nicht eine erschöpfende Aufzählung enthalten. (Z. XX, 266; XXIII, 389; OG. 1886, 43.)

2. Zu lit. a. Im Angesicht des Todes, z. B. von dem Krankenbette aus, wenn der nahe Tod mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen war. Bei so spät gemachten Schenkungen ist anzunehmen, der Schenkgeber habe eher den Erben als sich selber die geschenkte Sache entziehen wollen. Dagegen folgt jene Absicht nicht schon daraus, daß der Schenker 76 Jahre alt war, als er die Schenkung machte. (Z. XVI, 326, Erw. 2.)

3. Zu lit. b. Freien Widerruf. Eine Schenkung, die von dem Schenkgeber nach Willkür widerrufen werden kann, wird erst mit seinem Tode fest, und eben darum wirkt sie erst den Erben, nicht ihm selber gegenüber.

4. Zu lit. c. Die Schmälerung des Vermögens wird erst seinen Erben fühlbar, z. B. wenn der Schenkgeber zinsbare Kapitalien so verschenkt, daß er sich den vollen Zinsgenuß derselben auf Lebenszeit sichert. Allerdings verliert er noch bei Lebzeiten sein Kapital, aber es bleibt ihm doch der regelmäßige Fruchtgenuß desselben. (U. 1774, OG. 1886, Nro. 43, Z. VIII, 408; IX, 169, Erw. 8, HB. VI, 121.)

5. Seinen Erben. Das gilt auch für den überlebenden Ehegatten. (Z. VII, 178, Nro. 105; vgl. § 983, 1, § 986, 1.)

6. „Im Weitern war man darüber einverstanden, daß die Aufhebung der Schenkung nur soweit stattfinden könne, als nicht Rücksichten der Billigkeit dagegen sprechen." (Kommissionalprotokoll von 1854.)

§ 983.

[1081]. Bei Lebzeiten des Schenkgebers können die nächsten Erben auch in diesem Falle weder Aufhebung der Schenkung noch Herausgabe

fordern. Wohl aber steht es ihnen frei, durch Anzeige an den Beschenkten ihr Recht zu verwahren und, wenn dringende Verdachtsgründe der Pflichtwidrigkeit vorliegen und die Gefahr einer Verschleppung oder Verschleuderung der geschenkten Vermögensstücke bescheinigt wird, nach gerichtlichem Ermessen Sicherungsmaßregeln zu begehren.

1. Die nächsten Erben. Auch der Ehegatte. (Z. VII, 178; vgl. § 982, 5, § 986, 1.)

2. Ihr Recht zu verwahren. Diese Protestation erleichtert immerhin die eventuelle Anfechtung und gewährt insofern einige Garantie für den Erfolg derselben, als der Beschenkte von da an sich nicht mehr entschuldigen kann, er habe von dem Erbverhältniß nichts gewußt. Sie hat daher Einfluß auf die Frage des guten oder bösen Glaubens. (§ 981.)

3. Gefahr, vgl. Z. VIII, 140, Erw. 2, b. Z. B. Wenn der auf dem Todbette Beschenkte die geschenkten Sachen sofort außer Landes bringen will.

4. Sicherungsmaßregeln, z. B. Kautionsleistung. Vergleiche Prozeßgesetz §§ 595 ff.

§ 984.

[1082]. In den Fällen der pflichtwidrigen Schenkung (§§ 981 und 982) wird bei Berechnung der Größe des Pflichttheiles die ganze Schenkung als Bestandtheil der Verlassenschaft angenommen.

1. Wenn z. B. der Pflichttheil der Erben des A drei Viertheile der Verlassenschaft beträgt und A hat vor seinem Tode unter Vorbehalt des freien Widerrufs Fr. 40,000 an C geschenkt und hinterläßt nun Fr. 60,000, so beträgt der Pflichttheil der Erben nicht bloß Fr. 45,000, sondern Fr. 75,000 und es muß daher die Schenkung auf Fr. 25,000 reduzirt werden.

§ 985.

[2047]. Die Zuwendung einer Lebensversicherungssumme kann von Seite des pflichttheilberechtigten Erben wegen Pflichtwidrigkeit nur dann angefochten werden, wenn sich aus den Umständen ergibt, es habe der Versicherte im Vorgefühl des nahen Todes die Versicherung in der Absicht abgeschlossen, die dafür bezahlte Prämie seinen natürlichen Erben zu entziehen.

1. Vgl. §§ 547 ff. Ist über die Versicherungssumme nicht verfügt, so bildet dieselbe einen Bestandtheil der gewohnten Verlassenschaft des Versicherten und unterliegt dem gewohnten Erbrecht. Ist aber darüber verfügt und die Police abgetreten, so darf die Verfügung nicht aus dem Gesichtspunkte des verletzten Pflichttheils angefochten werden, weil der Versicherte sich die Freiheit der Disposition durch eigene Entbehrung seiner Einkünfte erworben hat. Eine Anfechtung dieser Verfügung ist daher nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn die Prämie selbst in Wahrheit den Erben in pflichtwidriger Weise entzogen worden ist. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Prämie

nicht aus den Einkünften, sondern aus dem Kapital weggenommen worden und diese Wegnahme im Vorgefühl des nahen Todes in der Absicht geschehen ist, zum Nachtheil der Erben die Verlassenschaft zu vermindern.

2. Des Erben. Das gilt auch für den überlebenden Ehegatten. (Z. VII, 178; vgl. § 986, 1.)

§ 986.

[1695]. Der Leibrentenvertrag kann von den Erben des Leibrentenbezügers nicht aus dem Grunde angefochten werden, daß das Kapitalvermögen desselben ihnen pflichtwidrig entzogen werde, sondern nur ausnahmsweise, wenn sich aus dem offenbaren Mißverhältnisse zwischen dem Einlagekapital und dem Betrage der ausbedungenen Leibrente in Verbindung mit den übrigen Umständen ergibt, der Erblasser habe den Leibrentenvertrag nicht in der Absicht abgeschlossen, sich eine Leibrente zu sichern, sondern seinen Erben den Pflichttheil zu entziehen.

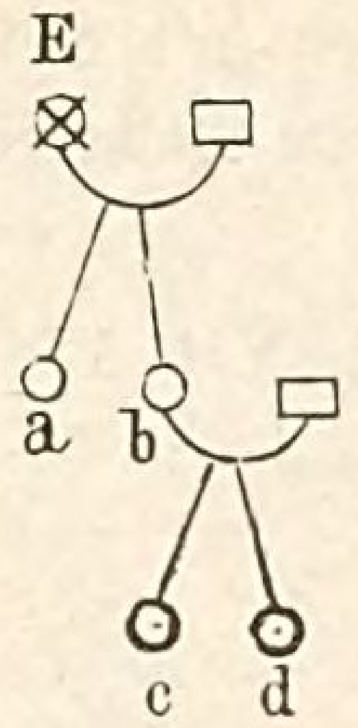
1. Leibrentenvertrag s. schweiz. OR. Art. 517 ff.

2. Den Erben s. § 985, 2. (Z. XXI, 277, Erw. 2). Ein gültig Ausgekaufter gehört nicht dazu. (Z. XIX, 310, Erw. 3.)

3. Darin, daß Jemand Kapital hingibt, um eine Leibrente zu empfangen und von dieser bequem leben zu können, liegt noch keine pflichtwidrige Handlung gegen die Erben, wenn schon diese jenes Kapital nicht mehr erhalten. Der Erblasser hat nicht die Absicht, den Erben den Pflichttheil zu entziehen, sondern die für sich selbst besser zu sorgen. Es ist damit nicht anders, als wenn er sein Kapital nach und nach aufzehrt; die Erben können ihn in beiden Fällen nicht hindern, sein eigenes Vermögen nicht bloß zu gebrauchen, sondern selbst zu verbrauchen. Es ist das keine Verfügung auf den Todesfall hin, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Der Erblasser denkt auch nicht daran, dem Leibrentengeber eher als seinem Erben Vermögen zuzuwenden. Er gibt jenem nur so viel als er selbst in der Leibrente wieder als Gegenwerth erhält. Nur wenn ausnahmsweise der Leibrentenvertrag mißbraucht würde, um die gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichttheil zu umgehen, so daß eine Schenkung auf den Todesfall darin verborgen würde, ist derselbe anfechtbar; z. B. wenn der Leibrentenbezüger im Angesichte des bevorstehenden Todes um unverhältnißmäßigen Kapitalpreis eine Leibrente von einem Freunde kauft, dem er so mittelbar auch den Pflichttheil seiner Erben zuwenden will. (OG. 1876 Nro. 25, 1883, Nro. 39, 1884 Nro. 62; Z. XXI, 277 Erw. 3 ff.)

§ 987.

[2048]. Ist ein Erbe von dem Pflichttheile ausgeschlossen, so wird es sowohl mit Rücksicht auf die gesetzliche Erbfolge als die Größe der Pflichttheile für die bleibenden Erben gehalten, wie wenn der ausgeschlossene Erbe den Tod des Erblassers nicht erlebt hätte.



Erläuterung:

b ist enterbt, a erbt die eine und c + d erben die andere Hälfte c und d haben den Pflichttheil der ehelichen Nachkommen anzusprechen.

1. Vgl. § 865, 1.

§ 988.

[2049]. Wenn gegen einen Erben der Konkurs durchgeführt ist oder bloß wegen Mangels an Aktiven nicht durchgeführt wurde, so ist der Erblasser berechtigt, denselben von der Erbschaft auszuschließen und dessen Kinder an seine Stelle eintreten zu lassen. In diesem Falle wird als Meinung des Erblassers angenommen, es haben die eingesetzten Kinder des Enterbten den Erbtheil mit ihren später hinzukommenden Geschwistern nach Verhältniß zu theilen.

1. Der Anfang des § 2049 lautete: „Wenn ein Erbe fallit ist." Dies hat nach dem geschehenen Wegfall der Falliterklärung geändert werden müssen. Schon der § 159 des Konkursgesetzes bestimmte, dieser Paragraph finde auf alle Personen Anwendung, deren Konkurs wirklich durchgeführt oder bloß wegen Mangels an Aktiven nicht durchgeführt worden sei (§ 24 das.).

2. Vgl. Stadterbrecht Th. III, § 10; Stadt- und Landrecht Th. X, § 70. Hat der Enterbte Kinder, so fällt sein Pflichttheilsrecht nicht weg, sondern es wird von diesen geltend gemacht. Der Erblasser verhindert dadurch, daß den Gläubigern seines Erben die Erbschaft zukomme; er sichert sie dessen Kindern, und sorgt so mittelbar auch für den Enterbten selbst. Es ist also eine in guter Absicht vorgenommene Enterbung. Dies ist dem römischen Rechte entnommen (exheredatio bona mente facta). Es kann der Erblasser übrigens auch dem so Enterbten die Nutznießung an dem so seinen Kindern Zugedachten vorbehalten.

3. Mit ihren später hinzukommenden Geschwistern. Der Satz, daß nur, wer den Tod des Erblassers erlebt hat, oder wenigstens damals schon empfangen, wenn auch noch nicht geboren war, erben könne (§ 908) wird dadurch einigermaßen modifizirt. Indessen ist der Grund dieser Modifikation einleuchtend. Die Kinder des enterbten Vaters gehören als dessen Familie zusammen. Wenn der Erblasser jenen enterbt, um die Erbschaft seinen Kindern zu sichern, so denkt er sich offenbar diese Familie in ihrer Gesammtheit und hat nicht die Absicht, die Erbschaft ausschließlich den zur Zeit seines Todes lebenden Kindern des Enterbten zuzuwenden, und die später erzeugten und gebornen Kinder desselben von der Erbschaft auszuschließen. Wirkliche Erben sind zwar nur die vorhandenen Kinder geworden, aber die später gebornen haben ihnen gegenüber ein Recht auf Mittheilung der Erbschaft.

4. Die Kinder des Enterbten erhalten auch den ihrem Vater zukommenden Sohnsvortheil. (Z. XVI, 379.)

5. Die Gläubiger des Enterbten sind nicht berechtigt, das Testament anzufechten (OG. 1875, 126, Nro. 8; HB. V, 349). Deswegen ist auch für die Zufertigung der Liegenschaften des Nachlasses an die Kinder des Enterbten kein Aufruf an die Gläubiger des Letztern nothwendig. (Z. XV, 222, Erw. 4.)

6. Vgl. § 975, 7.

§ 989.

[2050]. Der Pflichttheil eines kinderlosen Erben, über welchen ein als verschuldet erklärter Konkurs ergangen ist, vermindert sich auf die Hälfte.

1. Der frühere § 2050 hatte dies mit Bezug auf jeden kinderlosen Falliten bestimmt, aber schon § 159 des Konkursgesetzes es anwendbar erklärt „nur auf solche Personen, deren Konkurs als ein verschuldeter erklärt wurde, auf diese aber auch nach Ablauf der Zeit, für welche sie im Aktivbürgerrecht eingestellt worden sind."

§ 990.

[2051]. Wenn der Erblasser begründete Besorgniß hat, daß der Erbe den auf ihn fallenden Erbantheil auf eine ungehörige Weise verbrauchen werde, so ist er berechtigt, dafür zu sorgen, daß dieser Erbantheil vorerst in vormundschaftlichen Gewahrsam genommen werde. Liegen sodann genügende Gründe vor, um den Erben unter Vormundschaft zu setzen, so ist, wenn er sich nicht freiwillig unter Vormundschaft begibt, die Bevormundung von Amtes wegen einzuleiten.

1. Der vormundschaftliche Gewahrsam besteht zunächst nur provisorisch; die Fortdauer desselben hängt davon ab, daß der Erbe freiwillig sich bevormunden lasse oder unfreiwillig aus gesetzlichen Gründen bevormundet werde. Geschieht weder das eine noch das Andere, so kann man den Vormundschaftsbehörden nicht zumuthen, daß sie die Verwaltung weiter besorgen und die daherige Verantwortlichkeit übernehmen. (Z. XVI, 48 Erw. 19.)

§ 991.

[2052]. Der Erblasser ist überdies, wenn sich ergibt, daß der Erbe seinen Erbantheil gehörig zu verwalten außer Stande sei, und dieser Mangel nicht durch die vormundschaftliche Verwaltung beseitigt wird, berechtigt, die Verwaltung und Verfügung darüber auf so lange, als diese Gefahr dauert, an einen dritten Vertrauensmann zu übertragen.

1. An einen dritten Vertrauensmann. Das Bedürfniß einer solchen Vorsorge tritt ein, wenn zwar keine genügenden Gründe für die Bevormundung des Erben vorhanden sind, aber erhebliche Bedenken gegen die freie Ueberlassung der Verwaltung an den Erben selbst sprechen, z. B. wenn der Erbe durch Krankheit oder durch Abwesenheit gehindert ist, die Verwaltung zu besorgen. Ein wichtiger Fall der

Anwendung ist der, wenn eine Ehefrau Erbe ist, deren Mann, ohne ein Verschwender zu sein, doch als eine ungeeignete Person betrachtet werden muß, die freie Verwaltung zu leiten. In solchen Fällen ist indessen der Erbe nicht gehindert, das ihm angefallene Vermögen zu benutzen, noch selbst in das Kapital einzugreifen.

§ 992.

[2053]. Die nämlichen Gründe, welche zur Ausschließung eines Erben von dem Pflichttheile berechtigen (§ 976), finden analog auch auf das Verhältniß der Ehegatten Anwendung und rechtfertigen es, wenn ein Ehegatte den anderen von dem ihm gesetzlich zukommenden Vortheile in seiner Verlassenschaft ausschließt.

Auch diese Gründe sind, damit die Ausschließung wirke, von dem Erblasser in der letztwilligen Verordnung zu bezeichnen.

1. Die Wirksamkeit dieser Bestimmung tritt in zwei Fällen ein:
   a. wenn der beleidigte Ehegatte die Scheidungsklage eingeleitet hat, aber vor deren Durchführung stirbt. (Z. XIII, 378);
   b. wenn derselbe zwar die Scheidungsklage unterläßt, aber den schuldigen Ehegatten im letzten Willen von der Erbschaft ausschließt.
2. Zu Abs. 2. Vgl. § 977.

Zweites Kapitel.

Testament.

A. Persönliche Erfordernisse.

§ 993.

[2054]. Jede mündige Person, sei dieselbe im Uebrigen selbständig oder unter Vormundschaft, ist in der Regel fähig, ein Testament zu machen, vorausgesetzt, daß sie zur Zeit der Testamentserrichtung, wenn auch kranken Leibes, doch bei gesunden Geisteskräften sei.

1. Mündige, also 16 Jahre alte, s. § 10. Vgl. § 1052 f.

2. Zur Zeit der Testamentserrichtung. Diese Worte wurden hinzugefügt, um anzudeuten, daß auch eine wegen Geisteskrankheit bevormundete Person in lichten Zwischenräumen (lucida intervalla) ein gültiges Testament errichten kann.

3. Bei gesunden Geisteskräften. Es wird nur ein solches Maß des Verstandes und der Willensfreiheit erfordert, als zu dem gewöhnlichen Verständniß der gebrauchten Worte und ihres Sinnes nöthig ist. Bloße Geistesschwäche macht nicht handlungsunfähig. (Z. XIII, 13.) Dagegen sagt Z. XVIII, 444, der Testator müsse „auch einen Begriff von der Tragweite seines letzten Willens rücksichtlich des Vollzuges desselben haben und die ökonomischen Folgen seiner Verordnung für alle Betheiligten

wenigstens annähernd bemessen können." Wenn aber der Notar und die beiden Zeugen erklärt haben, daß der Testator „bei vollem Genuß seiner Geisteskräfte" verfügt habe, so ist dagegen „ein untrüglicher, jeden Zweifel ausschließender Gegenbeweis" nothwendig. (Z. XXIII, 335.)

4. Kranken Leibes. Anders nach dem Stadterbrecht bei den Tauben. Früher hatte die Fähigkeit, ein Testament zu errichten (testamenti factio activa) auch nicht ein Kettensträfling, s. Rathsbeschluß vom 18. Februar 1812 in Med. Off.-S. V, 263; nach dem Stadterbrecht auch nicht ein zum Tode Verurtheilter, nicht ein Selbstmörder, nicht ein Verpfändeter mit Ausnahme dessen, was er sich vorbehalten hatte. Das Alles ist längst weggefallen.

§ 994.

[2055]. Wer wegen Verschwendung unter Vormundschaft gesetzt worden ist, bedarf ausnahmsweise zu seinem Testamente der Zustimmung der Vormundschaftsbehörden.

1. Wegen Verschwendung. Die Ausnahme wird durch die Besorgniß gerechtfertigt, daß der Verschwender wie früher einen Theil seines Vermögens, so nun seine Verlassenschaft ungehörig verschleudere. Nach dem Stadterbrecht konnte ein Solcher kein Testament errichten.

2. In Bluntschli's Entwurf war beigefügt: „oder wer sich freiwillig unter Vormundschaft begeben hat". Die Kommission hat dies jedoch gestrichen, und die Gerichtspraxis dann einen solchen Bevormundeten für fähig zur Errichtung eines Testamentes erklärt, welches auch der Grund sein möge, aus dem er sich unter Vormundschaft begeben habe. (Z. XIV, 123, Erw. 4 f.)

3. Die Vormundschaftsbehörden haben dagegen nicht das Recht irgend einer Einwirkung auf ein bei Anordnung der Vormundschaft schon bestehendes Testament, noch auch nur das Recht, Einsicht eines solchen zu nehmen. (Z. VI, 260, Erw. 3.)

B. Form des Testamentes.

I. Ordentliches Testament.

§ 995.

[2056]. Das ordentliche Testament ist entweder ein eigenhändiges oder ein öffentliches Testament.

1. Das ordentliche Testament ist immer schriftlich, das außerordentliche (§§ 1005 ff.) mündlich.

2. Frühere Testamentsformen s. Mediat. Off.-S. II, 210 und Spezialgesetz vom 25. Brachmonat 1839; Off.-S. Bd. V, 172; B. XVII, 30, Z. XXIII, 328. Die Vorschriften des letztern sind mit geringen Abänderungen in das privatr. GB. aufgenommen worden.

§ 996.

[2057]. Zur Gültigkeit eines eigenhändigen Testamentes wird erfordert, daß dasselbe

a. von dem Erblasser eigenhändig in seinem ganzen Umfange geschrieben, datirt und unterschrieben sei,
b. von dem Testator einem Notar zur Aufbewahrung übergeben worden sei.

1. Zu lit. b. Von dem Testator. Ein Antrag, hinzuzusetzen: „oder von einem Bevollmächtigten desselben", wurde in der Erwägung zurückgezogen, daß nur die persönliche Erklärung des Testators gegenüber dem Notar eine hinreichende Garantie dafür gebe, daß jener den niedergeschriebenen letzten Willen als ein rechtskräftiges Testament habe hinterlegen wollen. Hat der Erblasser sein Testament durch einen Stellvertreter dem Notar übergeben lassen, so hat der Notar dasselbe nur insoferne zu registriren, als er sich vorher durch persönliche Einvernahme des Testators oder in einer anderen sicheren Weise von dem letzten Willen desselben überzeugt hat. Ein abwesender Testator kann unter Umständen durch die Post ein eigenhändiges Testament dem Notar zur Aufbewahrung übersenden und dieser sich aus dem beiliegenden Briefe von der Aechtheit des letzten Willens überzeugen. (B. IX, 199, Nro. 10; Z. IV, 56 f.)

2. Ueber die diesfälligen Verrichtungen der Notare vgl. das Gesetz betreffend das Notariatswesen vom 26. Juni 1839, Off. S. V, 175, §§ 79 f; Gesetz betreffend die Notariatsgebühren vom 14. Dez. 1873, Off. S. Bd. XVII, 333, § 10 Ziff. 4, §§ 11 ff., § 34. Nach § 34 bezieht der Notar zu Handen des Staates

1. Für Errichtung eines öffentlichen und für Protokollirung eines mündlichen Testamentes Fr. 3—20;
2. für Entgegennahme und Aufbewahrung eines eigenhändigen Testamentes Fr. 3;
3. für Eröffnung eines Testamentes Fr. 2;
4. für Fertigung von Erbverträgen und von Verträgen über die Erbschaft eines Dritten Fr. 3—20.

Außerdem gibt man ihm in der Regel ein Trinkgeld für ihn selbst.

3. Ferner besteht eine Verordnung des Obergerichtes vom 29. März 1862 über die Empfangnahme, die Aufbewahrung und Aushingabe der Testamente, s. Amtsblatt 1864, Abth. Verordn. p. 10; Off. S. Bd. XIII, 30.

§ 997.

[2058]. Der Notar soll sich von dem Willen des Testators, das Testament zu hinterlegen, genügend überzeugen, das Testament, sei es von dem Testator selbst versiegelt oder unversiegelt übergeben worden, amtlich versiegeln und den vollständigen Namen und Wohnort des Erblassers im Protokolle und wenn es nicht zuvor schon geschehen, auch auf dem Umschlage des Testamentes vormerken.

1. Amtlich versiegeln. Dieses Testament bleibt seiner Natur nach bis zum Tode des Erblassers geheim, und auch der Notar ist nicht berechtigt, von dem Inhalte desselben Kenntniß zu nehmen.

§ 998.

[2059]. Zur Gültigkeit eines öffentlichen Testamentes ist erforderlich, daß dasselbe

a. von dem Testator in gleichzeitiger Gegenwart eines Notars und wenigstens zweier erbetener Zeugen mündlich eröffnet,
b. unmittelbar nach der Eröffnung im Beisein der Zeugen von dem Notar niedergeschrieben und
c. nach der Abfassung dem Testator und den Zeugen vorgelesen, von denselben als richtig anerkannt und von dem Testator selbst, den Zeugen und dem Notar eigenhändig mit ihren Namen unterschrieben worden sei.

1. Zu lit. a. Zweier erbetener Zeugen. Die Zeugen sind nicht als bloße Beweiszeugen, sondern als Solennitätszeugen berufen. Ihre Anwesenheit ist nothwendig zu der Form des Testaments. Das Stadterbrecht sagte „expreß erbetene Zeugen". Sie dürfen nicht nur zufällig testiren gehört haben. Das ist dem römischen Recht entnommen.

2. Zu lit. b. Unmittelbar. Es ist wie im römischen Recht Einheit der Handlung nothwendig. (B. II, 451, Nro. 54; IV, 122, Nro. 2.)

3. Zu lit. c. Unterschrieben. Es ist in der Regel nöthig, daß das Testament auch von dem Testator selbst unterschrieben werde. Eine Ausnahme s. in § 1003.

§ 999.

[2060]. Als Testamentszeuge kann nur eine handlungsfähige männliche Person zugezogen werden, welche des Schreibens kundig und weder blind, noch taub, noch im Aktivbürgerrechte eingestellt ist.

1. Es hat gegenüber der alten Fassung, welche als unfähig „Unmündige, Weiber, Blinde, Taube" ꝛc. bezeichnete (vgl. Stadterbrecht Th. I, § 6), eine mit einigen Frauennamen Namens eines gewissen Frauenvereins unterschriebene Petition sich über das Ungalante dieser Verbindung aufgehalten, und die kantonsräthliche Kommission hat gern dem Wunsche eines so wichtigen Vereins entsprochen.

2. Handlungsfähige, also Volljährige. Der frühere § 2060 hatte die mündigen Minderjährigen als Zeugen zugelassen, da sie ja auch selbst Testamente errichten können. Aber auch bevormundete Volljährige können nicht Zeugen sein, und doch Testamente errichten.

3. Aktivbürgerrecht. Ein Antrag ging dahin, alle Personen, die wegen eines Vergehens gegen Treue und Glauben bestraft worden, für unfähig zu erklären. Die Mehrheit der Kommission sprach sich aber gegen diesen Antrag aus. Man fürchtete die Gefahr, daß ein Testament leicht aus einem solchen Grunde angefochten und für ungültig erklärt werde, während doch der Testator selbst von diesem Mangel keine Kenntniß hatte und im Uebrigen das Testament den wirklichen letzten Willen desselben enthielt.

4. Ebenso blieb ein Antrag, auch die Geistlichen überhaupt auszuschließen, in der Minderheit, da in dem Stand als solchem kein Grund der Unfähigkeit liege. Die Gefahr eines übermäßigen Einflusses einzelner bestimmter Geistlichen auf den letzten Willen des Erblassers wurde in § 1000 berücksichtigt.

§ 1000.

[2061]. Als Testamentszeugen dürfen überdies nicht zugezogen werden:

a. Personen, welche in dem Testamente irgendwie bedacht werden, sowie deren Söhne oder Enkel, Väter oder Großväter, Brüder, Ehemänner, Verlobte und Schwäger,

b. der Ortsgeistliche oder wer sonst als Geistlicher sich der Seelsorge in der Familie des Erblassers angenommen hat,

c. der Arzt des Erblassers.

1. Das Stadterbrecht schloß alle Geistlichen und Aerzte aus; s. § 999, 4.

2. Wer sonst als Geistlicher, auch wenn derselbe nicht von Amtswegen, sondern aus freier Wahl des Erblassers die Seelsorge in der Familie übt. Die Analogie spricht zwar dafür, daß auch andere Personen, die nicht gerade Geistliche sind, z. B. Sektirer, die einen ähnlichen Einfluß haben, ebenfalls ausgeschlossen werden. Indeß schien es bedenklich, eine leicht dem Zweifel ausgesetzte Ausnahme der Art in das Gesetz aufzunehmen.

3. Der Arzt des Erblassers. Die Gründe seiner Ausschließung sind ähnlich wie für den Ortsgeistlichen.

§ 1001.

[2062]. Die Zuziehung einer nach § 1000 lit. a ausgeschlossenen Person als Testamentszeugen zieht die Ungültigkeit derjenigen Verfügungen nach sich, welche zu ihrem eigenen Vortheile oder demjenigen einer mit ihr durch Verwandtschaft, Ehe oder Verlobung verbundenen Person in dem Testamente erlassen worden sind.

Die Zuziehung einer nach § 999 und 1000 lit. b und c ausgeschlossenen Person als Testamentszeugen hat die Ungültigkeit des ganzen Testamentes zur Folge, sofern nicht sonst die erforderliche Anzahl fähiger Zeugen mitgewirkt haben.

1. Vor dem privatr. GB. hatte auch die Zuziehung der in § 1000 lit. a genannten Personen die Ungültigkeit des ganzen Testamentes zur Folge. Diese Wirkung reicht aber weiter, als der Grund derselben, und es wird daher die Beschränkung nöthig.

2. Die erforderliche Anzahl fähiger Zeugen. Hatte der Testator drei Zeugen zugezogen, unter denen sich zwei fähige und ein unfähiger befinden, so ist das Testament gültig.

3. Der Paragraph wurde nicht anwendbar erklärt auf die Mitwirkung eines Gemeindebeamten bei der Errichtung eines Testamentes, welches ein Vermächtniß zu Gunsten der Gemeinde, deren Beamter er ist, enthält. (Z. XIV, 125, Erw. 6.)

§ 1002.

[2063]. Verliert Jemand, welcher zu einem Testamente als Zeuge zugezogen worden ist, später seine Zeugenfähigkeit, so übt dies auf die Gültigkeit des Testamentes keinen nachtheiligen Einfluß aus.

1. Z. B. ein Testamentszeuge wird später blind oder verliert das Aktivbürgerrecht, oder wird Hausarzt des Erblassers. Der von Anfang an gültige Akt wird deßhalb nicht mangelhaft.

§ 1003.

[2064]. Ist der Erblasser außer Stande, seinen Namen zu unterzeichnen, so ist überdies noch ein dritter gleichzeitiger Zeuge zu der Testamentserrichtung herbeizuziehen. Die Beisetzung eines Handzeichens ist nicht erforderlich.

1. Eines Handzeichens. Das Gesetz vom 25. Brachmonat 1839 (Off. S. Bd. V, 172), ließ es zweifelhaft, ob der Testator, der nicht schreiben könne, ein Handzeichen beizufügen habe oder nicht. Dieser Zweifel wurde durch das privatr. GB. gelöst. Die Garantie des Handzeichens ist so gering, daß es darauf nicht ankommt.

§ 1004.

[2065]. Der Notar verwahrt das öffentliche Testament im Original und nimmt sofort nach dessen Errichtung eine vollständige und genaue Abschrift desselben zu Protokoll.

Dritten Personen darf er bei Lebzeiten des Testators nur mit dessen Zustimmung eine Abschrift mittheilen oder die Einsicht gestatten.

1. Die Abschrift ist nicht Solemnitätsform, das Testament ist auch schon vor deren Anfertigung rechtsgültig.

2. Zu Abs. 2. (Vgl. § 994, 3; § 996, 3; Z. VI, 257.)

3. Von einem erfahrenen Anwalte sind beim Kantonsrathe bessere Garantien für die Aufbewahrung der Testamente, z. B. Aufbewahrung in der Gerichtskanzlei, gewünscht worden; der Rath aber hielt die Aufbewahrung in der Notariatskanzlei für ausreichend.

II. Außerordentliches Testament.

§ 1005.

[2066]. In Fällen von plötzlicher Todesgefahr ist es gestattet, ein mündliches Testament zu errichten.

1. Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 3, Ziff. 6 u. 7. Bluntschli sagt: „In der Kommission wurde der Wunsch ausgesprochen, daß auch der gegenseitigen Testamente, insbesondere unter Ehegatten, Erwähnung geschehe. Die sogenannten gegenseitigen Testamente der Ehegatten, welche häufig errichtet werden, sind aber schon nach dem bisherigen Rechte keine wirklichen Testamente, sondern Erbverträge, d. h. sie sind nicht als eine widerrufliche, sondern als eine durch den Willen des Vertragserben gebundene letzte Willensverordnung anzusehen. Dieselben werden daher in § 2016 berücksichtigt. Außerdem kennt allerdings die gemeinrechtliche Theorie in Deutschland auch wirkliche

wechselseitige Testamente, die indessen bei uns weder in Uebung, noch so empfehlenswerth sind, um eine Berücksichtigung in dem Gesetz zu verdienen. Sollten ausnahmsweise zwei Testamente so verbunden werden, so ist jedes derselben als ein besonderer letzter Willensakt zu beurtheilen."

2. Plötzlicher Todesgefahr, z. B. im Falle einer schweren Verwundung des Erblassers. Da ist es unter Umständen leicht, einige Zeugen herbeizurufen, welche den letzten Willen desselben vernehmen und beurkunden, aber gefährlich, auf die Ankunft eines Notars zu warten. (Z. II, 439.)

3. Das Gesetz setzt voraus:

a. Die subjektive Ueberzeugung des Erblassers von der Gefährlichkeit seines Zustandes,

b. der objektive Thatbestand plötzlich eingetretener Todesgefahr, und dazu ist nothwendig, daß die Gefahr unvorhergesehen eintritt.

B. V, 16, Nro. 8; XIX, 148.

§ 1006.

[2067]. Das mündliche Testament ist nur insofern gültig, als

a. der vollständige Inhalt desselben von dem Testator in gleichzeitiger Gegenwart von drei erbetenen Zeugen eröffnet worden.

b. der Testator innerhalb vier Tagen nach dieser Testamentserrichtung gestorben oder von da an bis zu seinem Tode nicht wohl im Stande gewesen ist, ein ordentliches Testament zu errichten, und

c. innerhalb vier Tagen nach der Testamentserrichtung einer der Zeugen einem Notar von derselben Bericht gegeben hat.

1. Zu lit. a. Erbetene Zeugen vgl. § 998, 1.

2. Zu lit. b. Der Ausdruck „nicht wohl im Stande gewesen ist", gibt dem Richter in dieser Beziehung ein freies Ermessen. In manchen Fällen wird ein kranker Erblasser zwar nicht völlig verhindert sein, ein ordentliches Testament nachträglich zu errichten, aber es wird ihn unter Umständen eine zu große Anstrengung kosten, das zu thun, und aus diesem Grunde die Errichtung unterbleiben. Ein solcher, vielleicht während mehr als vier Tagen gespannter Zustand verdient Berücksichtigung; wenn dagegen der Erblasser inzwischen zu vollem Gebrauch seiner Kräfte gekommen ist, und es keine Schwierigkeit hat, einen Notar zu beschicken und vor demselben das Testament zu erneuern so kann unter Umständen die Versäumniß der ordentlichen Testamentserrichtung auch vor dem Ablauf weiterer vier Tage die Ungültigkeit des früheren mündlichen Testaments begründen. (Z. II, 439.)

3. Zu lit. c. Bericht gegeben. Dieses Erforderniß ist als eine weitere Garantie gegen Mißbrauch des mündlichen Testaments hinzugekommen. Ob der Bericht mündlich oder schriftlich geschehe, ist gleichgültig; in beiden Fällen dient er dazu, theils die neue Thatsache zu konstatiren, theils den Notar zur Ausübung der in § 1007 vorgeschriebenen Pflicht zu veranlassen.

§ 1007.

[2068]. Der Notar ist in diesem Falle verpflichtet, auf Errichtung eines ordentlichen Testamentes hinzuwirken oder, wo derselben fortwährend Hindernisse entgegen stehen, ohne Verzug die sämmtlichen Zeugen wo möglich gleichzeitig zu Protokoll einzuvernehmen und dasselbe von den Zeugen unterschreiben zu lassen.

§ 1008.

[2069]. Wenn zur Zeit einer herrschenden schweren Epidemie oder weil der Erblasser selbst an einer ansteckenden Krankheit leidet, die gleichzeitige Anwesenheit des Notars und der Zeugen unzulässig und der Erblasser außer Stande ist, ein eigenhändiges Testament zu errichten, so genügt es, wenn er das einer zeugnißfähigen Person mündlich eröffnete und von dieser niedergeschriebene Testament entweder eigenhändig unterschreibt oder nach einander vor wenigstens drei Zeugen mündlich bestätigt und ein solches Testament innerhalb vier Tagen einem Notar eingehändigt wird. Der Notar hat in diesem Falle nach § 1007 zu verfahren.

1. Das ältere Erbgesetz hatte auch für die im Felde zur Zeit des Krieges gemachten Testamente eine ähnliche Ausnahme verstattet. Dieselbe wurde aber für überflüssig erachtet, indem die gewohnten Formen des ordentlichen und außerordentlichen Testamentes dafür ausreichen.

2. Außer Stande ist ein eigenhändiges Testament zu errichten. In dieser Lage ist er nach dem Gesetz, ungeachtet er seine Unterschrift beifügen kann: z. B. wenn ihm wegen Krankheit die mit der schriftlichen Abfassung eines Testaments verbundene Anstrengung zu schwer fällt.

3. Und ein solches Testament. Es gilt das auch von dem durch einen Zeugen niedergeschriebenen und von dem Testator eigenhändig unterzeichneten Testament, nicht bloß von der mündlichen Testamentseröffnung.

§ 1009.

[2070]. Ein derartiges außerordentliches Testament verliert seine Gültigkeit nach sechs Wochen, seitdem das Hinderniß, welches der Errichtung eines ordentlichen Testamentes entgegenstand, gehoben erscheint.

C. Eröffnung des Testamentes.

§ 1010.

[2071]. Die Eröffnung des Testamentes geschieht, wenn nicht der Testator ausnahmsweise durch seine Verfügung die amtliche Eröffnung ausgeschlossen hat, durch den Notar.

1. Vgl. die Verordnung § 996, 3. Will der Testator auch nach seinem Tode noch die amtliche Kenntnißnahme von dem Inhalt des Testaments verhindern, so kann er es durch ausdrückliche Bezeichnung der Person, an welche der Notar das Testament uneröffnet abzugeben habe. Diese Verfügung ist im Protokoll des Notars zu erwähnen und auf dem Umschlag des Testaments vorzumerken. Es hat sich übrigens die Praxis gebildet, daß die Notare auch in diesem Falle in Gegenwart der Person, welcher das Testament aushinzugeben ist, die Siegel erbrechen, das Testament aus dem Couvert herausnehmen, und ohne es zu lesen ihren Stempel darauf drücken; und das ist sehr zu empfehlen, denn nur so kann später der Beweis geleistet werden, daß eine vorgewiesene Urkunde wirklich das auf dem Couvert bezeichnete Testament ist.

§ 1011.

[2072]. Der Notar ladet zu diesem Behufe die ihm bekannten und anwesenden Erben, den überlebenden Ehegatten und den allfällig bezeichneten Testamentsvollstrecker, wo es thunlich erscheint in die Wohnung des Erblassers, zu einer Zusammenkunft ein.

1. Die ihm bekannten und anwesenden Erben. Es ist nicht erforderlich, daß der Notar zuvor genaue amtliche Erkundigungen über die Verwandtschaftsverhältnisse des Erblassers einziehe. Die Gültigkeit der Eröffnung hängt nicht von der Anwesenheit aller Erben ab; aber es ist wünschbar, daß bei diesem Akt die Erben möglichst vollständig erscheinen und es hat daher der Notar die Einladung im Zweifel eher auszudehnen als zu beschränken.

2. In die Wohnung des Erblassers. Diese ist auch der Sitz der Verlassenschaft, und eignet sich eher zur Vornahme eines für die Familienverhältnisse des Erblassers wichtigen Aktes als das Amtslokal des Notars.

§ 1012.

[2073]. Das Testament wird in Gegenwart der eingeladenen Personen, welche sich eingefunden haben, von dem Notar vorgewiesen und verlesen.

§ 1013.

[2074]. Ist das Testament ein eigenhändiges, so wird es bei dieser Gelegenheit von dem Notar vorerst entsiegelt und die bisher verschlossene Originalurkunde amtlich bezeichnet.

1. Amtlich bezeichnet. Da das eigenhändige Testament gewöhnlich in einem Umschlag versiegelt dem Notar zur Aufbewahrung übergeben wird, so ist es bisher ohne amtliche Bezeichnung geblieben. Die Beifügung derselben dient dazu, die Urkunde vor späteren Verwechslungen und Fälschungen zu bewahren.

§ 1014.

[2075] Sind in dem Testamente Vermächtnisse an Personen hinterlassen worden, welche bei der Eröffnung weder persönlich anwesend

noch vertreten sind, und ist kein Testamentsvollstrecker ernannt, so soll der Notar jene Personen von der sie betreffenden Verfügung in Kenntniß setzen.

Ist ein Testamentsvollstrecker ernannt, so ist es dessen Sache, die Begabten davon zu unterrichten.

D. Inhalt des Testamentes.

I. Erbeinsetzung und Enterbung.

§ 1015.

[2076]. Der Testator kann, soweit seine Testirfreiheit nicht durch den Pflichttheil beschränkt ist, wen er will zu seinem Erben für die ganze Verlassenschaft oder für einen Theil derselben einsetzen oder einem gesetzlichen Erben sein Erbrecht ganz oder theilweise entziehen (ihn enterben).

1. Zu seinem Erben einsetzen. Es bedarf dazu keiner bestimmten Form der Einsetzung; es kommt nur darauf an, daß der Wille des Erblassers ausgesprochen sei. Wenn er z. B. sagt: „die Hälfte meiner Verlassenschaft soll dem C zufallen", so wird diese Verfügung ebenso als Erbeinsetzung auszulegen sein, wie wenn er gesagt hätte: „ich ernenne den C zu meinem Erben auf die Hälfte."

2. Entziehen. Eine ausdrückliche Enterbung ist, abgesehen von der Bestimmung über den Pflichttheil (§§ 976, 977 und 992) nicht erforderlich. Wenn der Erblasser zum Nachtheil der nicht pflichttheilsberechtigten Erben seine ganze Verlassenschaft durch das Testament dritten Personen als Erben zuweist, so sind jene dadurch von der Erbschaft ausgeschlossen, obwohl der Erblasser ihrer gar nicht gedacht hat.

3. Nach unserem Rechte kann, im Gegensatz zum römischen Recht, der Erblasser auch nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen und kommt dann der Rest den gesetzlichen Erben zu. (M. VII, 238; vgl. § 1024.)

§ 1016.

[2077]. Der Testator kann auch für den Fall, daß ein gesetzlicher oder im Testamente eingesetzter Erbe sein Erbe nicht wird, einen Anderen als Erben substituiren.

1. Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 9.

2. Diese Substitution wird gewöhnlich Vulgarsubstitution genannt. Dem zunächst substituirten Erben kann wieder ein anderer Erbe substituirt werden. Jede Substitution ist eine Einsetzung für den Fall, daß der zuvor berufene Erbe nicht Erbe werde, sei es, daß er vor dem Erlasser stirbt, sei es, weil er die Erbschaft ausschlägt. Die sogenannte Pupillarsubstitution des römischen Rechts ist unsrem Rechte fremd.

§ 1017.

[2078]. Ebenso kann der Testator innerhalb der gesetzlichen Schranken der Testirfreiheit seinem Erben die Verpflichtung auferlegen, daß er, sei es bei Lebzeiten unter einer bestimmten Voraussetzung die Erbschaft auf einen Nacherben übertrage, sei es nach seinem Tode dem Nacherben hinterlasse.

Dagegen ist die Bestellung eines zweiten fideikommissarischen Nacherben hinter dem ersten unzulässig. Vorbehalten bleibt die besondere Folge in Familienstiftungen.

1. Auf einen Nacherben übertrage. Es unterscheidet sich diese sog. fideikommissarische Substitution, in der neuern Rechtssprache auch Universalfideikommiß genannt, von der vorigen Substitution dadurch, daß bei der erstern vorausgesetzt wird, der zunächst berufene Erbe sei wirklich Erbe geworden, bei der letztern dagegen, er sei nicht Erbe geworden. Der Erbe, dem das Universalvermächtniß auferlegt ist, wird mit einem römischen Ausdruck Fiduciar genannt, weil man ihm das Vertrauen (fiducia) schenkt, er werde die überkommene Erbschaft später wieder abgeben. Der Nacherbe wird auch Universalfideikommissar genannt. (Vgl. Stadterbrecht Th. III, § 3.) Diese Art der Substitution kommt auch bei Vermächtnissen vor (Singularfideikommiß) s. § 1033.

2. Eines zweiten Nacherben. Für derartige über mehrere Generationen hin fortgesetzte Zuwendungen der Verlassenschaft eignet sich eher das Institut der Stiftungen. Eine universelle mittelbare Erbfolge jener Art ist so verwickelt in ihren Folgen und so unsicher in ihrem Bestand, daß dieselbe einer Beschränkung bedarf.

3. In Familienstiftungen. Die Frage, ob die Familienstiftungen im Sinne der sogenannten Familienfideikommisse (Stammgutsstiftungen) eine weitere Berücksichtigung in einem besondern Kapitel des Erbrechts verdienen, wurde hier erneuert. Die Mehrheit der Kommission von 1855 zog es aber vor, den Streit darüber möglichst zu vermeiden, und nur an dieser Stelle jenes Institutes zu gedenken, da es nur in seltenen Fällen noch zur Anwendung komme. Hier aber war es nöthig, um eine unrichtige Auslegung der obigen Bestimmung zu verhüten. Die Stammgutsstiftungen (Familienstiftungen im engern Sinn) nämlich haben das Eigenthümliche, daß ein bestimmtes Gut, gewöhnlich eine Liegenschaft, dem gewohnten Verkehr durch die Willensverordnung des Stifters entzogen und einer bestimmten singulären Erbfolge innerhalb der Familie dieser auf die Dauer gesichert wird; z. B. es wird jeder erstgeborne männliche Nachkomme zur Folge in das Stammgut berufen, oder es wird dasselbe dem jeweiligen ältesten Familienglied überlassen. Hier folgen sich ganze Reihen von Stiftungserben. Die frühere Zeit war diesem Institute günstig, die Gegenwart ist es nicht. Daher schien eine genauere Formulirung des Institutes weder nöthig noch zweckmäßig.

§ 1018.

[2079]. Will der eingesetzte Erbe die Erbschaft nicht antreten, so kann der fideikommissarische Nacherbe statt seiner dieselbe antreten.

1. Da der eingesetzte Erbe die Erbschaft an den Nacherben wieder abgeben muß, so ist es möglich, daß die Gefahr und die Unbequemlichkeit der Erbschaftsübernahme

ihn von derselben abhält; dann tritt streng genommen die Voraussetzung nicht ein, unter welcher der Nacherbe zur Erbschaft berufen war. Dadurch wird aber auch das Recht des Nacherben in die Willkür des Erben gelegt, was offenbar dem Willen des Erblassers zuwiderläuft. Schon das römische Recht hat in solchen Fällen für die Interessen des Nacherben gesorgt. Es kann dann der Nacherbe sofort die Erbschaft übernehmen; der zunächst eingesetzte Erbe aber wird jeder Verbindlichkeit, die ihm aus der Uebernahme der Erbschaft auferlegt würde, entbunden, und der Nacherbe wird in allen Beziehungen als der wahre Erbe behandelt.

§ 1019.

[2080]. Der Nacherbe kann von dem eingesetzten Erben Sicherheit für gehörige Zurücklassung der fideikommissarischen Erbschaft fordern, insofern er zu bescheinigen vermag, daß dieselbe durch die Handlungen oder Unterlassungen des Erben gefährdet erscheine, es sei denn, daß der Erblasser solches untersagt habe.

§ 1020.

[2081]. Die im Testamente eingesetzten Erben stehen, soweit ihre Einsetzung gültig ist, in der Regel den gesetzlichen Erben gleich.

1. Die Testamentserben treten den gesetzlichen Erben an die Seite oder schließen auch dieselben unter Umständen aus. S. § 1015, 3. Die Wirkungen ihres Erbantritts mit Bezug auf Uebergang des Eigenthums in Bezug auf Forderungen und Schulden sind für beiderlei Erben dieselben. S. §§ 953 u. ff.

§ 1021.

[2082]. Die Uebernahme der Erbschaft von Seite der Testamentserben wird jedoch nicht als sich von selbst verstehend angenommen. Vielmehr bedarf es dazu eines Erbantrittes durch die Testamentserben. Dieser Erbantritt kann entweder ausdrücklich erklärt oder aus den Handlungen des Erben geschlossen werden.

1. Vgl. § 928, 1. Da die testamentarische Erbfolge sich nicht von selbst versteht, sondern auf dem Willen des Erblassers beruht, der den Erben ernennt, so versteht sich auch der Uebergang der Erbschaft nicht von selbst, sondern es bedarf einer zustimmenden Willenserklärung des Erben, d. h. des Erbantritts. Werden die gesetzlichen Erben zugleich im Testamente eingesetzt, so ist denselben immerhin zu empfehlen, daß sie, im Falle sie die Erbschaft nicht übernehmen wollen, die Ausschlagung erklären. Vgl. § 1024.

§ 1022.

[2083]. Stirbt der eingesetzte Erbe nach dem Tode des Erblassers, aber vor der Antrittserklärung, so geht sein Recht zu dieser auf seine Erben über.

1. Nach dem Tode des Erblassers. Stirbt er vor dem Tode des Erblassers, so ist die Erbeinsetzung ohne Wirkung geblieben und wie nicht geschehen zu betrachten. Durch den Tod des Erblassers aber fällt den Testamentserben das Recht zum Antritt an, selbst wenn er von dem Tode oder von dem Testament noch keine Kenntniß hat, und es geht daher jenes Recht auf seine Erben über. (Sogenannte transmissio delationis). Vgl. §§ 910, 1063.

§ 1023.

[2084]. Das Gericht ist berechtigt, auf Begehren der übrigen Erben, gesetzlichen oder Testamentserben, oder der im Testamente sonst Bedachten oder der Erbschaftsgläubiger, dem Testamentserben eine Frist anzusetzen, innerhalb welcher er sich über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft zu erklären hat.

1. Eine Frist anzusetzen. Eine gesetzliche Frist, wie die von dreißig Tagen für die Familienerben (§ 932) besteht hier nicht. Das Gericht ist daher berechtigt, je nach Umständen eine kürzere oder längere Frist anzuordnen.

2. Ueber Antritt oder Ausschlagung. Vgl. §§ 947, 1, 949. Ist die Ausschlagung wahrscheinlich, so wird das Gericht in diesem Falle mit der Fristsetzung eher die Androhung der Ausschlagung verbinden; im entgegengesetzten Falle den Antritt annehmen. In zweifelhaften Fällen aber wird sich hier eher die erstere Androhung rechtfertigen, eben weil sich die Uebernahme nicht von selbst versteht.

§ 1024.

[2085]. Soweit der Einsetzung eines Erben in dem Testamente keine Folge gegeben wird, sei es weil der Testamentserbe vor dem Erblasser stirbt, sei es weil er die Erbschaft ausschlägt, tritt die gesetzliche Erbfolge ergänzend ein, insofern nicht aus dem Testamente auf eine andere Willensmeinung des Erblassers zu schließen ist.

1. Die gesetzliche Erbfolge. Diese Bestimmung rechtfertigt sich aus dem Grundgedanken, daß die testamentarische Erbfolge in unserm Recht nur eine Ausnahme von der Regel der gesetzlichen Erbfolge ist. Wo die Ausnahme aufhört, tritt die Regel von selbst ein. Anders war das im römischen Recht, welches die Erbfolge aus Testament als Regel betrachtet und daher an die Stelle des ausfallenden Testamentserben die übrigen im Testamente bezeichneten Erben eintreten läßt. Vgl. § 1015, 3, § 1064.

2. Auf eine andere Willensmeinung zu schließen. In Bluntschli's Entwurf hieß es: „Insoferne nicht der Testator für diesen Fall etwas anderes im Testamente verordnet hat." Durch die veränderte Fassung wurde beabsichtigt, dem Richter die möglichste Freiheit in der Willensinterpretation zu sichern. Es ist denkbar, daß aus dem ganzen Zusammenhang des Testamentes auf einen andern Willen geschlossen werden könne, wenn gleich keine ausdrückliche Bestimmung darüber in das Testament aufgenommen worden ist.

3. Es ist vor Allem nach dem wahren Willen des Testators zu forschen, und es können dafür auch die Motive, welche den Testator geleitet haben, insofern sich dafür im Testamente selbst Anhaltspunkte finden, von Bedeutung sein. (Z. XIX, 100.)

II. Vermächtniß.

§ 1025.

[2086]. Der Erblasser kann im Testamente auch einzelne Vermächtnisse aussetzen.

1. Einzelne Vermächtnisse. Z. B. eine bestimmte Sache oder die Nutznießung an einem Gut, oder eine Forderung wird, sei es einem der Erben zum Voraus, sei es einer dritten Person, vermacht. Es kann auch dem Bedachten eine Schuld, die ihm gegen den Erblasser obliegt, durch ein Vermächtniß erlassen werden. (Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 9, Ziff. 3.)

2. Ein Antrag, ausdrücklich zu bestimmen, daß der Erblasser auch Anordnungen über die Vertheilung der Erbschaft unter den Erben — jedoch innerhalb der Schranken des Pflichttheilsrechts — erlassen könne, wurde auf die Bemerkung zurückgezogen, daß sich das von selbst verstehe.

§ 1026.

[2087]. In der Regel ist anzunehmen, daß die sämmtlichen Erben, gesetzliche und Testamentserben, für die Leistung der Vermächtnisse je nach Verhältniß ihrer Erbantheile einzustehen haben.

1. Nach Verhältniß ihrer Erbantheile. Z. B. A ist gesetzlicher Erbe zur Hälfte, B ist zu einem Drittheil, und C zu einem Sechstheil eingesetzt. Die Vermächtnisse belasten zur Hälfte den A, zu einem Drittheil den B und zu einem Sechstheil den C. Allein es frägt sich, ob und wie die Erben gegenseitig für einander zu haften haben. Nach dem früheren zürcherischen Rechte entstand in diesem Falle eine Gesammtschuld, die Erben hafteten subsidiär für einander (Z. III, 261); das schweiz. OR. aber kennt diesen Begriff nicht, und nach § 1089 sind dessen Vorschriften maßgebend, soweit das privatr. GB. keine besonderen Bestimmungen enthält. Indessen halte ich doch dafür, daß die Analogie des § 957 hier maßgebend sei, also auch jetzt noch die Gesammtschuld angenommen werden müsse, denn das Vermächtniß lastet wie eine Erbschaftsschuld auf dem Nachlaß. (Vgl. § 957, 1.)

§ 1027.

[2088]. Wenn der Begabte den Tod des Testators überlebt, so fällt ihm das Vermächtniß in der Weise an, daß er gegenüber den Erben desselben, gesetzlichen oder Testamentserben, eine Forderung auf Entrichtung des Vermächtnisses und Ueberlassung der vermachten Sache erwirbt.

1. Fällt das Vermächtniß an. Das Eigenthum an der vermachten Sache geht keineswegs von Rechtswegen auf den Begabten über. Wurde ein Grundstück vermacht, so bedarf es der kanzleiischen Fertigung. Vgl. §§ 118 ff. Wurde eine bewegliche Sache vermacht, so ist die Uebergabe des Besitzes nöthig (Schweiz. OR.

Art. 199.) Der Begabte erwirbt daher aus dem Vermächtniß nur eine Forderung auf Eigenthumsübertragung. Anders ist es, wenn der Nießbrauch an Sachen vermacht ist. In diesem Fall wird dem Begabten durch das Vermächtniß selbst ein dingliches Recht verschafft. (Vgl. § 277, 2; Z. XI, 354.)

2. Beim Vermächtniß periodischer Leistungen beginnt wie bei den römischen Annua legata mit jeder Fälligkeit einer Leistung die Verjährungsfrist für dieselbe, und es geht nicht etwa mit deren Ablauf seit dem ersten Fälligkeitstermine die ganze vermachte Zuwendung unter. (Z. XI, 356, Erw. 7.)

§ 1028.

[2089]. Ist der Begabte vor dem Erblasser verstorben, so ist das Vermächtniß nicht zur Geltung und solches den Erben zu gute gekommen, wenn sich nicht aus dem Testamente auf eine andere Willensmeinung des Testators schließen läßt.

1. Dem Tode steht die Verschollenheit gleich, auch der Verschollene kann ein Vermächtniß nicht erwerben. (Z. VIII, 176; X, 400.)

2. Andere Willensmeinung. Vgl. § 1024, 2, 3. Wenn z. B. ein Vermächtniß einem Ehepaar zugewendet worden ist, wird oft die Meinung die sein, daß wenn der eine Theil desselben stirbt, das Vermächtniß dem andern ganz zukommen (accresciren) solle. (Vgl. Stadterbrecht Th. III, § 2.)

§ 1029.

[2090]. Die Gültigkeit des Vermächtnisses ist von der formellen Gültigkeit des Testamentes abhängig, durch welches es bestimmt worden, nicht aber von dem Antritte der Erbschaft durch den Testamentserben.

1. Von der formellen Gültigkeit des Testamentes abhängig. Das Stadterbrecht Th. III, § 1, machte noch einen Unterschied zwischen Codicillen und Testamenten, der indessen schon längst unpraktisch geworden war. Vgl. Bluntschli, Zürcher'sche Staats- und Rechtsgesch. Buch IV, § 57. Ein Vermächtniß kann daher nur unter Beobachtung derselben Formen hinterlassen werden, welche auch für die Erbeinsetzung nöthig sind.

2. Nicht von dem Antritt der Erbschaft durch den Testamentserben. Es folgt das daraus, daß alle Erben, auch die gesetzlichen, mit dem Vermächtniß belastet werden. Selbst wenn alle Erben ausschlagen oder wegfallen, und das erblose Gut nach § 906 an den Staat fällt, so bleibt die Verlassenschaft doch mit den Vermächtnissen belastet, soweit der Nachlaß reicht. (§ 907.)

§ 1030.

[2091]. Wird über die Verlassenschaft Konkurs eröffnet, so können die Forderungen auf Vermächtnisse erst nach der Befriedigung aller Erbschaftsgläubiger geltend gemacht werden.

1. Die Erbschaftsschulden vermindern die reine Verlassenschaft, die Vermächtnisse dagegen werden aus der reinen Verlassenschaft entrichtet. Vgl. § 897. Die Erbschaftsgläubiger haben ein Recht, für ihre Forderungen zunächst aus der Verlassenschaft befriedigt zu werden, bevor die Begabten aus derselben Geschenke erhalten. In den meisten Fällen werden daher die Vermächtnisse ganz wegfallen, wenn die Verlassenschaft in den Konkurs geräth. Indessen ist es auch schon vorgekommrn, daß sich bei der Liquidation der Masse im Konkurs noch ein Ueberschuß an Aktiven ergibt, und dann ist eine reine Verlassenschaft da, aus welcher die Bezahlung der Vermächtnisse gefordert werden kann. (B. XVII, 393.)

§ 1031.

[2092]. Auch wo kein Pflichttheil weitere Beschränkungen nöthig macht, sind die Erben, gesetzliche oder Testamentserben, berechtigt, zu verlangen, daß nicht mehr als neun Zehntel ihrer Erbtheile durch Vermächtnisse aufgezehrt werden.

Demgemäß sind die Vermächtnisse, wenn sie zusammen dieses Maß überschreiten, je nach ihrem verhältnißmäßigen Werthe soweit zu vermindern, daß jeder Erbe einen Zehntel seines Erbtheiles ungeschmälert behält.

1. Bluntschli schreibt: „Der Entwurf hatte vorgeschlagen, die sämmtlichen Vermächtnisse dürfen den Betrag von drei Viertheilen der reinen Verlassenschaft nicht übersteigen, so daß den Erben wenigstens ein Viertheil derselben ungeschmälert verbleibe. In der Kommission wurde dieser Antrag als überflüssig angefochten. Im römischen Recht habe die Einführung der Quarta Falcidia in der Gefahr der Legatare ihren Grund gehabt, daß die überlastete Erbschaft von den Testamentserben nicht angetreten werde und dann auch alle Vermächtnisse ungültig werden. Nach unserm Recht sei diese Gefahr nicht vorhanden, weil die Gültigkeit der Vermächtnisse nicht durch den Erbantritt der Testamentserben bedingt sei. Es genüge daher eine Bestimmung, daß die Erben den Begabten nicht für mehr haften, als sie selbst empfangen haben. Bisher habe man von jener Beschränkung nichts gewußt, und es seien doch keine Uebelstände daraus erwachsen. Auf der andern Seite wurde zur Vertheidigung des Antrages bemerkt: Die Gefahr der Ausschlagung sei zwar in unserm Recht geringer als im römischen, aber nicht ganz wegzuleugnen. Wenn alle Erben die Erbschaft wegen Ueberlastung ausschlagen, so falle die Verlassenschaft dem Konkurs anheim, da die Legatare nicht als subsidiäre Erben die Erbschaft antreten können, und im Konkurs werden die Vermächtnisse meistens untergehen. Ueberdem sei die ordentliche Erbschaftsübernahme durch die Erben möglichst zu befördern; sowohl die Ehre des Erblassers als die Familienfolge und die Interessen der Erbschaftsgläubiger seien dabei betheiliget. Werden nun die Erbtheile durch Vermächtnisse ganz erschöpft und ausgeleert, so haben die Erben kein Interesse, die Erbschaft zu übernehmen, und werden im Gegentheil durch die Gefahr, für die Erbschaftsschulden einstehen zu müssen, zur Ausschlagung veranlaßt. Man könne ihnen nicht zumuthen, alle Verantwortlichkeit zu übernehmen und alle Vortheile, die sie mit der Erbschaft empfangen, sofort wieder abzugeben. Die Ausdehnung der Testirfreiheit in dem neuen Gesetz lasse diese Rücksicht bedeutender erscheinen als früher, und die Erfahrung sei nicht ganz selten, daß der Erblasser sich über den Stand seines Vermögens täusche, und weil er sich für reicher halte als er sei, seine

Erbschaft zu sehr mit Vermächtnissen belaste. Mit Mehrheit entschied sich die Kommission für die Aufnahme einer solchen Beschränkung, aber verminderte dieselbe auf zehn Prozent des Erbtheils."

2. Wo kein Pflichttheil u. s. f. Da der geringste Pflichttheil (§ 970) dem Erben einen Viertel der gesetzlichen Erbquote sichert, so kommt diese Bestimmung nicht zur Anwendung, insofern pflichttheilsberechtigte Erben da sind.

3. Die Vermächtnisse sind zu vermindern. Die einzelnen Vermächtnisse sind in Geld zu schätzen, und wenn sie zusammen mehr als neun Zehntheile der Erbquoten betragen, so ist im Verhältniß ihrer Größe ein Abzug vorzunehmen, bis dem Erben ein Zehntel unverkürzt bleibt, nach der in § 979, 3 angegebenen Formel.

§ 1032.

[2093]. Ist das Vermächtniß einem bestimmten Erben auferlegt, so haftet dieser ausschließlich mit seinem Erbantheile für die Entrichtung und gewinnt ebenso ausschließlich, wenn das Vermächtniß aus irgend einem Grunde wegfällt, an seinem Erbantheile.

1. Mit seinem Erbantheile, nicht wie für Erbschaftsschulden auch mit seinem übrigen Vermögen.

§ 1033.

[2094]. Es kann auch einem Begabten, welcher nicht zugleich Erbe ist, die Entrichtung eines Vermächtnisses an einen Dritten auferlegt werden. Das Vermächtniß ist aber für diesen belasteten Begabten nur insoweit verbindlich, als dasselbe den Werth des ihm selbst Vermachten nicht übersteigt.

Schlägt der erste Begabte das Vermächtniß aus, so ist der folgende Begabte berechtigt, an seiner Statt dasselbe zu begehren.

1. Einem Begabten. In der Regel werden die Erben mit den Vermächtnissen belastet; es kann aber auch einem mit einem Vermächtniß Begabten die Leistung eines weitern Vermächtnisses auferlegt werden, nicht aber einem Dritten, dem nichts aus der Verlassenschaft zugekommen ist. Alle Vermächtnisse sind aus der Verlassenschaft zu entrichten.

2. Den Werth nicht übersteigt. Auch hier wurde ein Antrag zur Sprache gebracht, daß dem ersten Begabten wie im römischen Recht ein Theil des Vermächtnisses gesichert bleiben solle, darauf aber nicht weiter beharrt. Schlägt der erste Begabte das Vermächtniß aus, weil er keinen Vortheil bei dessen Annahme sieht, so steht hier nichts im Wege, daß der zweite Begabte an seine Stelle trete.

3. Dies ist ein im römischen Recht sogen. Singularfideikommiß, vgl. § 1017, 1; M. IX, 37; Z. XXII, 215, Nro. 127; Stadterbrecht Th. III, § 3.

§ 1034.

[2095]. Stirbt ein Begabter nach dem Tode des Erblassers, aber bevor er seine Forderung aus dem Vermächtniß gekannt oder geltend

gemacht hat, oder bevor dieselbe fällig geworden ist, so geht das Recht aus dem Vermächtnisse auf seine Erben über, insofern nicht für diesen Fall der Testator etwas Anderes verfügt hat.

Vgl. §§ 910, 1022.

§ 1035.

[2096]. Ist die Fälligkeit des Vermächtnisses auf einen späteren Termin verschoben, so ist der Begabte berechtigt, von dem Belasteten Sicherheit für die zukünftige Leistung zu fordern.

1. Dies ist dem römischen Recht entnommen. Z. B. es wird eine jährlich Rente vermacht auf Lebenszeit des Begabten, oder die Bezahlung eines Vermächtnisses bis zum Tode der überlebenden Wittwe verschoben u. dgl. Die Kaution ist gegenüber dem Begabten (Honorirten) von dem Belasteten (Onerirten) und nicht von der Person zu leisten, die inzwischen den Genuß des belasteten Vermögens hat.

§ 1036.

[2097]. Soweit nicht der Erblasser innerhalb der Schranken seiner Testirfreiheit abweichende Anordnungen getroffen hat, gelten für die vermachte Nutznießung an der Verlassenschaft oder an einem Theile derselben die Bestimmungen des Sachenrechtes.

1. Vgl. §§ 276 ff., § 1027, 1. Der Nießbraucher hat das Recht der freien Verwaltung (§§ 280 ff.), ist aber hinwieder verpflichtet, dem Eigenthümer für unversehrte Rückerstattung nach Beendigung des Nießbrauchs Sicherheit zu leisten (§§ 291 ff.) Der Erblasser kann dem Nießbraucher diese Sicherstellung nicht erlassen, sofern er ohnehin die Erben auf ihren Pflichttheil beschränkt hat. (Z. XXIII, 335, Erw. 5.)

§ 1037.

[2098]. Die Schulden des Erblassers gehen nicht auf die Begabten über.

1. Vgl. dagegen bezüglich der Erben die §§ 956 u. ff. Bezüglich der Verzinsung von Kapitalschulden, welche auf dem Vermögen haften, woran dem Begabten der Nießbrauch hinterlassen worden ist, kommt § 296 zur Anwendung.

III. Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

§ 1038.

[2099]. Der Erblasser kann in dem Testamente einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen.

1. Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 7. Das Institut der Testamentsvollstrecker (im römischen Recht Testamentsexekutoren) hat den Zweck, die Vollziehung des letzten Willens zu sichern. Der Testamentsvollstrecker ist ein von dem Erblasser bezeichneter Vertrauens-

mann, welcher die erbrechtliche Vollmacht erhält, für den Vollzug zu sorgen. Insoferne ist er ein Stellvertreter des Erblassers und als solcher von dem Willen der Erben unabhängig, denen er oft zuwiderhandeln muß, um seinen erbrechtlichen Auftrag zu erfüllen. (Vgl. die Salmannen des alten deutschen Rechts.)

§ 1039.

[2100]. Der Testamentsvollstrecker, welcher sich der an ihn ergangenen Aufforderung unterzieht, ist berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen und alle Rechtsmittel zu ergreifen, welche erforderlich sind, um den letzten Willen des Erblassers zur Vollziehung zu bringen, auch, soweit es zu diesem Behufe nöthig ist, die Erbschaft vorläufig in Besitz zu nehmen und zu verwalten.

Seine Befugnisse reichen aber nicht weiter, als das Bedürfniß, dieser Vollziehung es rechtfertigt.

1. Welcher sich unterzieht. Es hängt von dem freien Willen desselben ab, ob er den Auftrag annehmen wolle oder nicht. Die Annahme eines Vermächtnisses verpflichtet ihn nicht zur Uebernahme dieses Auftrags, wenn dasselbe nicht unter der Bedingung dieser hinterlassen worden ist. An sich ist der Auftrag unentgeltlich; es kann aber der Erblasser dafür auch ein Honorar aussetzen.

2. Alle Rechtshandlungen vorzunehmen u. s. f. Insbesondere kann der Testamentsvollstrecker ein Inventar der Erbschaft aufnehmen und die Vermächtnisse entrichten. Er ist auch zur Prozeßführung legitimirt, soweit diese zur Aufrechthaltung und Vollziehung des Testaments erforderlich ist. (B. XIV, 386, Nro. 1; Z. XVII, 66, Erw. 1.) Er kann auch einem Erben, der das Testament nicht anerkennen will, Frist zur Einreichung der Weisung ansetzen lassen. (Z. I, 88, Erw. 4; XV, 232, Erw. 1.) Es versteht sich aber nicht von selbst, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung der Erbschaft zukomme; wohl aber kann ihm auch diese vorläufig übertragen sein, oder die Vollziehung eine theilweise Verwaltung nöthig machen. Die Erben sind als die regelmäßigen Stellvertreter und Nachfolger des Erblassers zu betrachten, und es tritt daher ihr Recht überall von selbst ein, wo nicht das Bedürfniß der Testamentsvollziehung eine Beschränkung zu Gunsten der Testamentsvollstrecker fordert, so namentlich auch, wo der Testamentsvollstrecker selbst interessirt ist (Z. XXIII, 404). Ist das Testament vollzogen, so ist der Auftrag beendigt und es erlöschen die Befugnisse des Testamentsvollstreckers von selbst.

3. Vorläufig in Besitz zu nehmen, also auch unter Umständen die Erbschaftsklage anzustellen. Auch dieses Recht reicht aber nicht weiter als das Bedürfniß der Testamentsvollziehung. Ist für dasselbe ohne Besitznahme der Erbschaft durch den Testamentsvollstrecker gesorgt, so sind die Erben berechtigt, von Anfang an die Erbschaft in Besitz zu nehmen und zu verwalten.

§ 1040.

[2101]. Den Erben ist der Testamentsvollstrecker für seine Geschäftsführung verantwortlich und die Begabten sind berechtigt, von ihm die Ausrichtung der Vermächtnisse zu fordern.

1. Den Erben verantwortlich. Der Testamentsvollstrecker darf nicht willkürlich handeln und ist schon deßhalb den Erben Rechenschaft schuldig. Verletzt er deren Interessen, ohne durch das Testament dazu ermächtigt zu sein, so hat er denselben Schadenersatz zu leisten. Es sind dafür die Art. 392 u. ff. des schweiz. OR. maßgebend. (Vgl. Z. VII, 398.)

2. Von ihm zu fordern, ungeachtet nicht er, sondern die Erben mit den Vermächtnissen belastet sind. Er hat die Verlassenschaft zu vertreten, insoferne diese durch den letzten Willen verfügt ist. Er wird daher nicht persönlich zur Bezahlung verurtheilt und haftet nicht mit seinem eigenen Vermögen dafür, sondern als Vertreter der Verlassenschaft.

3. Den Erben kann eine Einmischung in die Verwaltung des Testamentsvollstreckers vor deren Beendigung nur dann gestattet werden, wenn entweder eine ungerechtfertigte Verzögerung in Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen erwiesen ist, oder ihnen um seiner ökonomischen Verhältnisse willen Verlust droht. (Z. VIII, 177, Nro. 133.)

E. Abänderung und Aufhebung des Testamentes.

§ 1041.

[2102]. Der Testator hat, so lange er lebt, jederzeit das Recht, ein errichtetes Testament wieder aufzuheben oder abzuändern. Er hat dieses Recht auch dann unversehrt, wenn er in dem Testamente selbst auf jede Abänderung oder Aufhebung verzichtet haben sollte.

1. Aufzuheben oder abzuändern. (Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 9; Gesetz vom 5. Juni 1839, § 8.) Das Testament beruht auf dem einseitigen letzten Willen des Erblassers. Es ist die Form dieses letzten Willens. Daher hängt es auch, so lange der Testator lebt, von seinem Willen ab. Wäre der Testator daran gebunden, so wäre das kein Testament, sondern vielleicht ein Erbvertrag. Der Testator kann es vernichten und er kann es im Einzelnen nach Belieben abändern. Nur hat er in beiden Fällen gewisse Formen zu beobachten. Die negative Form dient wie die positive dazu, den Ernst seines Willens zu konstatiren und die Sicherheit desselben gegen zweifelhafte Aeußerungen oder Anfechtungen zu schützen.

2. Im Testamente selbst. Hat der Testator außerhalb des Testaments versprochen, dasselbe nicht abzuändern, so hat auch ein solches Versprechen keine Wirkung. Will er sich erbrechtlich binden, so muß er einen Erbvertrag machen.

§ 1042.

[2103]. Zur Abänderung eines Testamentes bedarf es einer der Formen, welche für die Errichtung eines solchen nothwendig sind, aber nicht nothwendig der gleichen Form, nach welcher das frühere Testament entstanden ist.

1. Zur Abänderung. Diese ist nicht bloß eine negative, sondern zugleich ein neuer positiver letzter Wille und ist daher wieder in Testamentsform auszusprechen.

2. Nicht nothwendig der gleichen Form. Ein eigenhändiges Testament kann auch durch ein späteres öffentliches aufgehoben werden, ebenso ein öffentliches Testament durch ein späteres eigenhändiges, und hinwieder ein ordentliches durch ein außerordentliches und umgekehrt. Die Bestimmung des späteren Testamentes, welche der Anordnung des früheren widerspricht, hat den Vorzug, weil jene, nicht diese letzter Wille ist.

§ 1043.

[2104]. Jedes frühere Testament kann durch ein späteres als aufgehoben erklärt und durch diese Erklärung wirklich aufgehoben werden.

1. Als aufgehoben erklärt. Diese Erklärung macht das frühere Testament ungültig, ungeachtet vielleicht das spätere Testament selbst nicht zum Vollzuge kommt. Auch wenn z. B. der Erblasser das spätere Testament wieder zerstört, oder der darin eingesetzte Erbe vor dem Erblasser stirbt, so lebt darum das frühere Testament nicht wieder auf.

§ 1044.

[2105]. Ist in dem späteren Testamente die Aufhebung des früheren nicht erklärt, so ist anzunehmen, das erstere sei insoweit abgeändert oder aufgehoben, als der Inhalt des späteren Testamentes im Widerspruche ist mit dem Inhalte des früheren.

1. Nach unserem Rechte können, anders als nach römischem Recht, zwei Testamente, ein früheres und ein späteres, neben einander Bestand und Geltung haben. Wir schließen nicht aus der Existenz eines spätern Testaments auf die Ungültigkeit aller frühern letzten Willensordnungen. Da unser Testament gewöhnlich nur eine Modifikation der gesetzlichen Erbfolge ist, so können verschiedene Modifikationen einander folgen, ohne sich zu widersprechen. Der spätere Wille wirkt daher nur insoferne zerstörend auf die frühere Willensordnung, als er dieser widerspricht. Z. B. eine spezielle Sache, die in dem frühern Testament dem A vermacht ist, wird in dem spätern dem B vermacht. Da konkuriren A und B nicht, sondern B hat allein das Vermächtniß zu beziehen und A ist davon ausgeschlossen. Hat der Erblasser in dem frühern Testament einer wohlthätigen Anstalt 1000 Franken vermacht, und in einem spätern der nämlichen Anstalt 1500 Franken ausgesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, die erste Summe sei in der zweiten inbegriffen, nicht aber die zweite komme zur ersten hinzu. Die Interpretation des wirklichen Willens ist in solchen Fällen entscheidend. Ein Beispiel der Art s. Z. VIII, 179.

§ 1045.

[2106]. Ueberdies kann ein eigenhändiges bei einem Notar deponirtes Testament dadurch aufgehoben werden, daß der Testator dasselbe wieder aushinbegehrt und äußerlich vernichtet.

1. Aushin begehrt und vernichtet. Das eigenhändige Testament hat nur insoferne Gültigkeit, als es dem Notar zur Aufbewahrung übergeben ist (§ 996 lit. b).

Wird es aushin genommen, so ist seine Wirksamkeit suspendirt (§ 1046); wird es überdem äußerlich vernichtet — z. B. es wird zerrissen oder durchgestrichen — so ist dasselbe zerstört.

§ 1046.

[2107]. So lange das eigenhändige Testament wieder in die Hände des Testators zurück gegeben ist, bleibt dessen Wirksamkeit eingestellt, und wird erst dann wiederum hergestellt, wenn das Testament neuerdings von dem Testator bei dem Notar hinterlegt worden ist.

1. Neuerdings hinterlegt. Wird diese erneuerte Uebergabe durch den Testator an den Notar bis zum Tode des Erblassers unterlassen, so ist das Testament ungültig geworden, ungeachtet es äußerlich noch unversehrt in den Papieren des Erblassers vorhanden ist.

§ 1047.

[2108]. Ein öffentliches Testament kann auch dadurch aufgehoben werden, daß der Testator seinen Willen, das Testament zu vernichten, dem Notar persönlich erklärt und die entkräftete Originalurkunde herausbegehrt.

Der Notar darf die Originalurkunde eines öffentlichen Testamentes bei Lebzeiten des Testators nie anders als entkräftet aushingeben, und hat davon im Protokolle Vormerkung zu nehmen.

1. Persönlich erklärt. Die Zuziehung von Zeugen ist nicht nöthig. Die Form der Aufhebung des Testamentes ist daher weniger streng als die seiner Errichtung.

2. Nie anders als entkräftet aushingeben. Will der Testator nur den Inhalt desselben nochmals einsehen und in Ueberlegung ziehen, so steht ihm die Einsicht des Protokolls offen und er kann sich auch eine Abschrift seines Testamentes geben lassen. Die Herausgabe des nicht entkräfteten Originals würde dagegen Zweifel erwecken, ob dasselbe noch ferner gültig sei oder nicht, und es ließen sich die Zweifel nicht so leicht lösen, wie bei dem eigenhändigen Testament, weil der Inhalt des öffentlichen Testaments in das Protokoll aufgenommen und nicht darin gelöscht worden ist. Deßhalb wurde diese Vorschrift für den Notar hinzugefügt.

§ 1048.

[2109]. Durch einen späteren Erbvertrag kann ein früheres Testament für aufgehoben erklärt oder abgeändert werden.

1. Der Erbvertrag kann wie das Testament ein früheres Testament ausdrücklich aufheben oder durch widersprechende Anordnungen stillschweigend beseitigen.

§ 1049.

[2110]. Wird dem Testator nach der Testamentserrichtung ein Nachkomme geboren, so wird durch dessen Geburt das Testament nicht zerstört.

1. Durch den Pflichttheil der Nachkommen ist dafür gesorgt, daß die Rücksicht auf die Kinder durch das Testament nicht verletzt werde (§ 970 lit. a). Würde durch die bloße Geburt eines Nachkommen das Testament ungültig, so hätte das gewöhnlich nur die Folge, daß gegen den wahren Willen des Erblassers die darin ausgesetzten Vermächtnisse ihre Kraft verlören. Will der Testator mit Rücksicht auf die Geburt eines Kindes seinen letzten Willen ändern, so steht ihm das jederzeit frei. Thut er es nicht, so ist kein innerer Grund da, das Testament von Rechts wegen aufzuheben, das ohnehin nur insoweit Geltung hat, als die Nachkommen ihren vollen Pflichttheil erhalten. (Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 9, Ziffer 2, 4.)

§ 1050.

[2111]. Wird der Pflichttheil durch das Testament verletzt, so wird nicht das ganze Testament deshalb ungültig, sondern seine Wirksamkeit nur soweit beschränkt, als der Pflichttheil reicht.

1. Vgl. § 978, 1, § 979, 3; Stadterbrecht Th. I, § 9, Ziffer 6.

§ 1051.

[2112]. Jeder betheiligte Erbe oder Begabte ist berechtigt zu begehren, daß den Erben eine gerichtliche Frist zur Erklärung angesetzt werde, ob sie das Testament anerkennen oder nicht.

1. Jeder betheiligte Erbe oder Begabte. Dritte, durch das Testament nicht bedachte Personen haben dieses Recht nicht, Z. IX, 360, wohl aber der Testamentsvollstrecker Z. I, 88, Erw. 4; XV, 232, Erw. 1.

2. Die Frist kann vom Gerichtspräsidenten angesetzt werden.

3. Es kann einem Erben, welcher das Testament nicht anerkennen will, aufgegeben werden, innert der Frist die Weisung bei dem Gerichte einzureichen, vor welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz gehabt hat, ansonst Anerkennung des Testamentes angenommen würde. (Z. I, 88, Erw. 4; XV, 232, Erw. 4; XXIII, 241, Nro. 98.)

4. Stillschweigen eines Erben bei der Eröffnung des Testamentes ist nicht Anerkennung. (Z. XXIII, 241.)

Drittes Kapitel.

Erbvertrag.

A. Form des Erbvertrages.

§ 1052.

[2114]. Einen Erbvertrag über die eigene Verlassenschaft können nur mündige und willensfähige Personen abschließen; sie haben dazu persönlich mitzuwirken.

1. Ueber die eigene Verlassenschaft, d. h. in der Eigenschaft als Erblasser. Dies ist eine Verfügung, wie das Testament, aber in der Form eines nicht stets widerruflichen Rechtsgeschäftes, sondern eines bindenden Vertrages. In diesem Falle ist also nur die vormundschaftliche Ermächtigung, nicht auch die vormundschaftliche Stellvertretung zulässig. In der Eigenschaft als Erbe dagegen kann auch ein Unmündiger und ein Wahnsinniger an einem Erbvertrage sich betheiligen, und es tritt dann für ihn die Stellvertretung der Vormundschaft ein. Unmündige und willensunfähige Personen können also überhaupt keine letzten Willensverordnungen machen.

2. Die mündige, d. h. 16 Jahre alte Person kann auch ein Testament errichten s. § 993.

§ 1053.

[2113]. Personen, welche nicht handlungsfähig sind, bedürfen zur Abschließung eines Erbvertrages in der Regel der vormundschaftlichen Ermächtigung oder Stellvertretung.

1. So der minderjährige Mündige, während er nach § 993 einer vormundschaftlichen Mitwirkung zur Testamentserrichtung nicht bedarf. Und zwar wird die Mitwirkung hier wohl immer Sache des Bezirksrathes sein, vgl. § 784 lit. n.

2. Dieser Paragraph, welcher von den Erbverträgen überhaupt spricht, ist von der Redaktionskommission wohl mit Unrecht hinter die spezielle Bestimmung des § 1052 gestellt worden.

§ 1054.

[2115]. Ausnahmsweise, in Abweichung von der Regel der §§ 592 und 600, ist die Ehefrau berechtigt, ohne einer weiteren Zustimmung zu bedürfen, mit ihrem Ehemanne einen wechselseitigen Erbvertrag abzuschließen, und genügt zu dem Erbvertrage, durch welchen eine verheirathete Tochter zu Gunsten ihrer Geschwister gegen eine Ausrichtung auf die künftige Verlassenschaft ihrer Eltern verzichtet (Ausrichtungsvertrag), die Zustimmung ihres Ehemannes und bedarf es nicht der Zuziehung eines außerordentlichen Vormundes.

1. In Abweichung von § 592. (Vgl. § 1078.) Die Zuziehung eines außerordentlichen Vormundes scheint um so weniger nothwendig, da ja die Ehefrau, sogar ohne Zustimmung des Mannes, ein Testament machen kann (§ 993). Will aber die Frau als Erblasserin einen Erbvertrag mit einer andern Person abschließen, so bedarf sie wie der Minderjährige nach § 1053 dazu der Ermächtigung ihres Mannes.

2. Einen wechselseitigen Erbvertrag, im alten zürcherischen Recht unrichtig gegenseitiges Testament genannt (§§ 1055 ff.).

3. Ausrichtungsvertrag. In diesem ist die Ehefrau nicht als Erblasserin, sondern als Erbe betheiligt. Gegen den Willen der Frau darf der Mann denselben nicht abschließen. Verzichtet sie aber selbst auf die elterliche Erbschaft, so genügt die Zustimmung des Ehemannes. Die Rücksicht auf die Interessen der Familie, auf welcher die Ausrichtungsverträge beruhen, macht aber die Zuziehung eines außerordentlichen

Vormundes überflüssig, da der Mann keinen Vortheil davon hat, sondern eher auch in seinen Interessen dadurch beschränkt wird. Ueberdem ist die Sitte gegen die Einmischung dritter Personen in solche Familienverträge. Ein Beispiel eines solchen Ausrichtungsvertrages findet sich in Z. VII, 18.

4. Es kann sich in einem speziellen Falle fragen, ob ein Ausrichtungsvertrag, also ein unter dieses Kapitel fallender Erbvertrag, oder ein Erbauskaufsvertrag (§§ 1077—1081) vorliege. Dies hängt davon ab, ob die Eltern, auf deren Nachlaß sich der Vertrag bezieht, als Mitkontrahenten bei demselben erscheinen, oder ob der Vertrag nur von den Kindern unter sich abgeschlossen wird: im erstern Fall Erbvertrag, im letzteren Erbauskauf. (Z. VI, 329.) Dies ist auch wichtig für die Form des Vertrages s. § 1055 gegenüber § 1077. Allein, wenn auch der Ausrichtungsvertrag wegen der fehlenden Form nicht gültig ist, so daß also der Vertragserbe beliebig davon abweichen könnte, so hindert dies doch keineswegs, daß, wenn er nicht davon abgewichen ist und der Inhalt des Erbvertrages dem gesetzlichen Erbrechte entspricht, der Vertrag der gesetzlichen Erben als Auskaufsvertrag rechtsgültig bleibt. (Z. XX, 346, Nro. 127.)

5. Den ausgerichteten Töchtern wurden in einem Falle für die Ausrichtungssumme Zinsen vom Todestage des Vaters an zugesprochen, da die Söhne die Früchte des Gewerbes bezogen. (V. XV, 198, Erw. 8, und zwar zu 4 % Z. XVIII, 111, Nro. 56; XIX, 228, Nro. 69.)

§ 1055.

[2116]. Erbverträge, in welchen sich zwei Personen wie insbesondere die Ehegatten wechselseitig zu Erben einsetzen oder einander gegenseitig Vortheile an der Verlassenschaft zusichern, bedürfen der Form des ordentlichen Testamentes.

Andere Erbverträge bedürfen der notarialischen Fertigung.

1. Die wechselseitigen Erbverträge unterscheiden sich von den übrigen Erbverträgen dadurch, daß in jenen die beiden Vertragspersonen zugleich Erblasser und Vertragserben sind, während in diesen die Vertragspersonen eine verschiedene Stellung, der eine als Erblasser, die andern als Erben haben. Dieser Gegensatz wirkt auf die Form zurück. Die Form des eigenhändigen Testamentes paßt wohl für die erstern Erbverträge, aber nicht für die letztern.

2. Einander gegenseitig Vortheile zusichern. Sehr oft bestehen diese nur in einer Nutznießung, die jeder Ehegatte dem andern an seiner Verlassenschaft zusichert.

3. Des ordentlichen Testamentes. Die Form des außerordentlichen Testamentes ist nicht anwendbar auf den Erbvertrag, und es ist auch gar kein Bedürfniß dafür vorhanden.

4. Der notarialischen Fertigung. (Vgl. § 1054, 4.) Früher wurde immer die Testamentsform verlangt. Vgl. Stadterbrecht Th. I, § 9, Ziffer 5. Dann wurde der Vertrag für formlos erklärt. Gesetz von 1839 (Off. S. Bd. V, 173, § 9, Instruktion des Obergerichts in B. I, 140), und endlich durch das privatr. GB. wieder eine Solemnitätsform eingeführt. Die notarialische Fertigung (§ 1058) unterscheidet sich von der öffentlichen Form des Testamentes durch die Entbehrlichkeit der Zeugen.

Erst durch sie wird der Vertrag rechtsgültig, und es wird keine Klage auf notarialische Fertigung verstattet. (Z. VII, 178, Nro. 106, XIX, 331, Erw. 1.)

§ 1056.

[2117]. Wird ein wechselseitiger Erbvertrag in Form eines eigenhändigen Testamentes errichtet, so kann das entweder so geschehen, daß jeder von beiden Erblassern die Verfügung über seine Verlassenschaft eigenhändig auf der einen gemeinsamen Urkunde schreibt und beide dieselbe unterschreiben, oder so, daß jeder von beiden den ganzen wechselseitigen Erbvertrag eigenhändig auf eine besondere Urkunde schreibt und die beiden Doppel unterschreibt. Im ersteren Falle ist die eine, im zweiten sind beide Originalurkunden dem Notar zur Aufbewahrung zu übergeben.

1. In Form eines eigenhändigen Testamentes. (Vgl. § 996.) Diese Form beruht wesentlich darauf, daß sowohl der Inhalt der letztwilligen Verordnung von dem Erblasser selbst geschrieben, als die eigenhändige Unterschrift desselben hinzugefügt ist. Es muß daher auch jeder Ehegatte seine Verfügung eigenhändig niederschreiben, und es genügt nicht, daß er nur die von dem andern geschriebene Urkunde unterzeichne.

2. Dem Notar zur Aufbewahrung. Früher war das sogenannte gegenseitige Testament der Ehegatten auch ohne diese Form gültig. Es war das eine Anomalie, die sich aus der Formlosigkeit der Erbverträge erklären ließ, aber keinen innern Grund hat. Die Garantieen, welche die Form des Testamentes für den Ernst und die Wahrheit desselben gewährt, sind hier ebensowenig als sonst zu entbehren.

§ 1057.

[2118]. Wird der wechselseitige Erbvertrag in Form eines öffentlichen Testamentes errichtet, so kommt zu den für dieses geltenden Erfordernissen hinzu, daß beide Erblasser zugleich vor dem Notar und den Zeugen anwesend sein und die einfache Originalurkunde unterzeichnen müssen.

Vgl. § 998.

§ 1058.

[2119]. Zu der notarialischen Fertigung anderer Erbverträge ist die Zuziehung von Zeugen nicht erforderlich.

1. Am häufigsten kommen Ausrichtungsverträge vor, und gerade für diesen Fall ist die Zuziehung von Zeugen entbehrlich und wäre überdem lästig, jenes, weil in der Mitwirkung aller betheiligten Personen hinreichende Garantieen liegen, dieses, weil es in der Familie unangenehm sein kann, dritten Personen einen Einblick in ihre innern Verhältnisse zu eröffnen. Um deßwillen wurde von dem Erforderniß der Zeugen für die zweite Klasse der Erbverträge überhaupt Umgang genommen. (Vgl. § 1055, 4.)

B. Inhalt des Erbvertrages.

§ 1059.

[2120]. Der Erbvertrag hat eine erbrechtliche Wirkung, indem durch denselben die eine Vertragsperson, der Erblasser, der anderen in bindender Form entweder ein Erbrecht oder ein Vermächtniß zusichert oder die letztere der ersteren gegenüber auf ein zukünftiges Erbrecht verzichtet.

1. Eine erbrechtliche Wirkung. Der Erbvertrag unterscheidet sich eben dadurch von den obligatorischen Verträgen. Er begründet nicht wie die letztern Forderungen und Schulden, sondern gibt oder nimmt Erbrecht; er ist daher ein erbrechtliches Institut. Positive Erbverträge sind:

a. der Erbeinsetzungs- oder Beerbungsvertrag, durch welchen der Erblasser die andere Vertragsperson zu ihrem Erben ernennt;

b. der Vermächtnißvertrag, durch welchen der Erblasser der andern Vertragsperson ein Vermächtniß zusichert.

Ein negativer Erbvertrag dagegen ist der sogenannte Erbverzicht, durch welchen ein gesetzlicher Erbe dem Erblasser gegenüber sein Erbrecht ganz oder theilweise aufgibt. (Vgl. HB. VI, 142.)

§ 1060.

[2121]. Soweit der Erblasser berechtigt ist, Jemanden durch Testament zum Erben einzusetzen, ist er auch berechtigt, denselben durch Erbvertrag zu seinem Erben, Vertragserben, zu ernennen.

1. Es gelten also auch hiefür die Beschränkungen der Testirfreiheit §§ 969 ff.

2. Es können in dieser Form auch erbrechtliche Substitutionen bestimmt werden. (OG. 1877, Nro. 45; vgl. §§ 1016 ff., § 1063, 2.)

§ 1061.

[2122]. Ausnahmsweise kann ein Erbvertrag, durch welchen ein Gemeinder dem anderen, oder ein Verpfründeter der Pfrundanstalt (§ 479) ein Erbrecht in seiner Verlassenschaft zugesichert hat, nach dem Tode des Erblassers nur von den ehelichen Nachkommen wegen Pflichttheilsverletzung, von anderen Erben nur unter der Voraussetzung der §§ 485, 486 und 556 angefochten werden.

1. Ein Gemeinder. (Vgl. §§ 553 ff. und besonders § 564.)

2. Ein Verpfründeter. Wird durch den Verpfründungsvertrag der Pfrundanstalt ein Erbrecht in die Verlassenschaft des Pfründers zugesichert, so ist das ein Erbeinsetzungsvertrag, der zu seiner Gültigkeit der notarialischen Fertigung (§ 1055) bedarf. Es genügt in diesem Fall die gewohnte schriftliche Form (§ 479) nicht.

3. Von andern Erben, z. B. den Geschwistern des Erblassers. Der Grund der Ausnahme liegt in der Wirksamkeit dieser Verträge bei Lebzeiten des Erblassers.

Auch der überlebende Ehegatte kann einen solchen Erbvertrag wegen Verletzung seines Pflichttheils nur unter denselben Voraussetzungen anfechten, wie die andern Erben.

§ 1062.

[2123]. Dem Vertragserben ist nach dem Tode des Erblassers ein dem Erbrechte des Testamentserben analoges Erbrecht eröffnet. Um wirklich Erbe zu werden, muß er die Erbschaft antreten.

1. Ein Erbrecht eröffnet. Die Wirksamkeit des Erbvertrags tritt erst mit dem Tode des Erblassers ein; denn erst jetzt ist eine Erbschaft vorhanden, in welche der Vertragserbe eintreten kann. Vgl. darüber §§ 1015 ff.

2. Die Erbschaft antreten. In der Kommission von 1855 wurden anfangs Zweifel geäußert, ob nicht richtiger zu bestimmen sei, daß die Erbschaft von Rechtes wegen dem Vertragserben, wie dem gesetzlichen Erben anfalle, folglich es keines Erbantrittes bedürfe. Allerdings ist darin der Erbvertrag von dem Testamente verschieden, daß der Vertragserbe schon bei Lebzeiten des Erblassers seine vorläufige Neigung zu erkennen gegeben hat, die Erbschaft desselben zu übernehmen. Indessen kann daraus nicht gefolgert werden, weder daß er sich zu dieser Uebernahme verpflichtet habe, noch auch nur, daß er eintretenden Falls dieselbe wirklich wolle. Wenn die Erbschaft von Rechtes wegen auf den gesetzlichen Erben übergeht, so hat das einen guten Grund in der innern Nothwendigkeit des Familienerbrechts, welches von dem Willen sowohl des Erblassers als des Erben zunächst unabhängig ist. Der Erbvertrag dagegen beruht wie das Testament, auf dem freien Individualwillen, und es muß zu dem Willen des Erblassers der des Erben nach jenes Tod hinzutreten, damit eine erbrechtliche Folge aus dem Willen entspringe. Der Wille des Vertragserben, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, ist daher ebenso frei, wie der des Testamentserben (§ 1021) und es ist daher auch eine Willensäußerung in diesem entscheidenden Moment nöthig. Es wurde daher mit Einmuth beschlossen, den Gegensatz der natürlichen Erbfolge und der auf letzten Willen gegründeten Erbfolge in seiner Schärfe zu beachten.

§ 1063.

[2124]. Wenn der Vertragserbe vor dem Erblasser stirbt, so ist der Erbvertrag nicht zur Wirksamkeit gelangt, und es geht die erbrechtliche Anwartschaft des Vertragserben nicht auf seine Erben über. Vorbehalten bleiben abweichende Bestimmungen des Erbvertrages.

1. Vor dem Erblasser. Stirbt er nach demselben, aber vor der Antrittserklärung, so geht sein Recht auf Antretung auf seine Erben über (§ 1022).

2. Abweichende Bestimmungen. Es kann die Substitution der Erben des Vertragserben ausdrücklich durch den Vertrag bedungen sein, s. § 1060, 2; es kann auch eine derartige Willensmeinung aus dem ganzen Zusammenhang des Erbvertrags und den vorausgesetzten Familienverhältnissen gefolgert werden. Insbesondere kann sich ergeben, daß der Erblasser nicht bloß die Person des Vertragserben, sondern dessen Linie, also auch nach dessen Tode die Kinder desselben berücksichtigt habe, und es ist auch dieser Wille zu achten, und daher in solchen Fällen die eheliche Nachkommenschaft des Vertragserben zur Folge zuzulassen, nicht aber andere Erben desselben.

§ 1064.

[2125]. Es ist zulässig, daß ein Vertragserbe neben und mit gesetzlichen und Testamentserben die Erbschaft übernehme.

1. Vgl. § 1024, 1. Der Vertragserbe kann nur auf einen Theil der Erbschaft eingesetzt, auf einen andern Theil ein Testamentserbe ernannt und der Rest der Erbschaft der gesetzlichen Erbfolge überlassen worden sein. Die letztere tritt immer als die Regel ergänzend ein, soweit nicht durch letzten Willen Abänderungen getroffen worden sind. (Vgl. § 1023, 2.) Schlägt der Vertragserbe aus, oder stirbt er vor dem Erblasser, so wirkt dieser Ausfall zunächst zu Gunsten der gesetzlichen Erben, wenn nicht aus dem letzten Willen auf eine abweichende Meinung des Erblassers zu schließen ist.

§ 1065.

[2126]. Es kann durch Erbvertrag Jemandem auch ein Vermächtniß zugesichert werden, vorausgesetzt, daß der Bedachte in dem Erbvertrage selbständig mitwirke.

1. Ein Vermächtniß. Wir unterscheiden Vermächtnißverträge, bei welchem der Bedachte als Vertragsperson mitwirkt, und einseitige Vermächtnisse, die bei Gelegenheit eines Erbvertrages zu Gunsten dritter Personen, die nicht mitwirken, ausgesetzt werden. Von jenen ist hier, von diesen in § 1067 die Rede. Von jener Art ist z. B. der wechselseitige Erbvertrag unter Ehegatten, durch welchen sie sich gegenseitig Nutznießungsrechte an ihrer Verlassenschaft einräumen. Die erstern sind unwiderruflich, d. h. der letzte Wille des Erblassers ist durch den Vermächtnißvertrag dem Bedachten gegenüber gebunden; die letztern sind widerruflich, d. h. der Erblasser kann unbekümmert um den Willen des Bedachten das Vermächtniß aufheben oder über die vermachte Sache durch einen andern letzten Willen verfügen. Dagegen ist der Erblasser in beiden Fällen nicht gehindert, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden beliebig über die vermachte Sache zu verfügen, oder dieselbe aufzuzehren. Auch der vertragsmäßig Bedachte hat bei Lebzeiten des Erblassers noch kein wirkliches Recht auf die vermachte Sache, er hat nur eine erbrechtliche Anwartschaft. Sein Recht wird nur unter der Voraussetzung wirksam, daß er den Tod des Erblassers erlebt und die Verlassenschaft geeignet und verbunden ist, das Vermächtniß zu tragen. Ein Beispiel eines Vermächtnißvertrages s. Z. VII, 287.

§ 1066.

[2127]. Ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall hin hat nur insofern rechtliche Wirkung, als dasselbe in der Form des Vermächtnißvertrages gemacht worden ist.

1. Ein Schenkungsversprechen. Eine durch Hingabe der geschenkten Sache bei Lebzeiten des Schenkers vollzogene Schenkung bedarf keiner besondern Form, und kann, auch wenn sie im Hinblick auf den nahen Tod des Schenkgebers gemacht worden ist, nur nach §§ 981 bis 984 wegen Pflichtwidrigkeit angefochten werden. Dagegen ist ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall als Vermächtnißvertrag zu betrachten und bedarf um deßwillen der Form der Erbverträge. Ohne diese Form entsteht aus einem

solchen Schenkungsversprechen weder eine Schuld des Erblassers noch der Erben. Nach dem Gesetze vom 25. Juni 1839 (Off. S. Bd. V, 172) bedurften dieselben dagegen einer besondern Form nicht.

2. Auf den Todesfall, mortis causa donatio. Ein solches Schenkungsversprechen liegt nur dann vor, wenn die Leistung des Versprochenen davon abhängig gemacht ist, daß der Beschenkte den Schenkgeber überlebe. (Vgl. § 428, 2.) Ein Beispiel eines solchen Schenkungsversprechens s. Z. XX, 347, Nro. 128.

§ 1067.

[2128]. Werden in einem wechselseitigen Erbvertrage zu Gunsten dritter nicht mitwirkender Personen Vermächtnisse ausgesetzt, so gelten diese als Testamentsvermächtnisse.

1. In einem wechselseitigen Erbvertrag. In Bluntschli's Entwurf hieß es allgemein: „in einem Erbvertrag". Da indessen nur die wechselseitigen Erbverträge in Testamentsform errichtet werden, so eignen auch nur sie sich, Vermächtnisse an dritte Personen aufzunehmen. Die Vermächtnißverträge dagegen können auch in einem andern notarialischen Erbvertrag ihre Stelle finden. Mit dieser Unterscheidung stimmt auch die bisherige Sitte zusammen. Ein Beispiel in Z. XIII, 336. (Vgl. § 1065, 1.)

§ 1068.

[2129]. Der Vertragserbe sowohl als der vertragsmäßig mit einem Vermächtnisse Bedachte haben gegenüber dem Erblasser ein Recht, daß derselbe nicht durch anderweitige Verordnungen auf den Todesfall hin ihnen das zugesicherte Erbrecht oder Vermächtniß entziehe oder schmälere.

1. Z. B. der Erblasser E hat durch Erbvertrag den A zu seinem ausschließlichen Erben ernannt. Bezeichnet er später in einem Testamente den B zu seinem Erben auf die Hälfte, so ist A berechtigt, diese Erbeinsetzung als ungültig zu betrachten und die ganze Erbschaft allein zu übernehmen. (B. XVI, 104.) Stirbt aber A vor dem Erblasser, so kann B als Testamentserbe eintreten. Das spätere Testament ist nur insoferne ungültig, als es dem frühern Erbvertrag widerstreitet und der Vertragserbe sein Recht geltend macht. In gleicher Weise ist der Erblasser gehindert, durch einen spätern Erbvertrag mit C zum Nachtheil des A letztwillige Verfügungen zu treffen. Ebenso kann E, der durch Vermächtnißvertrag die Nutznießung an seiner Verlassenschaft an F zugesichert hat, nicht durch ein späteres Testament oder Erbvertrag dieselbe Nutznießung an G vermachen. Dagegen wird die Freiheit des E durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen, durch den Erbvertrag nicht aufgehoben. (Vgl. § 1065, 1.) Der Erbvertrag gibt dem Vertragserben kein Recht auf das Vermögen des Mitkontrahenten, sondern nur ein Erbrecht an seinem Nachlaß.

§ 1069.

[2130]. Der Schutz dieses vertragsmäßig erworbenen Rechtes wird behandelt wie der Schutz, welcher den gesetzlichen Erben für ihren Pflichttheil gewährt wird.

1. Vgl. §§ 978 ff. Der Vertragserbe kann sowohl sein vertragsmäßiges Erbrecht ohne Rücksicht auf eine widersprechende letztwillige Verfügung in vollem Umfange ausüben, als die widersprechende Verfügung, soweit möglich, durch eine Klage anfechten. Inwiefern ein Widerspruch vorliege, ist nach den Umständen zu ermessen. Wenn z. B. der Erblasser, nachdem er einen Vertragserben auf die ganze Verlassenschaft eingesetzt hat, in einem nachträglichen Testament eines von den Vermächtnissen hinterläßt, so kann nicht ohne weiters behauptet werden, daß alle diese Vermächtnisse ungültig seien, aber ebenso wenig, daß sie alle gültig seien. Das Vermächtniß ist nicht an sich im Widerspruch mit der Erbeinsetzung, sondern nur insoferne, als es die Absicht birgt, den Vertragserben in seinem Recht zu beeinträchtigen. Soweit daher die Vermächtnisse z. B. an wohlthätige Anstalten den Vermögensverhältnissen des Erblassers und der Sitte gemäß sind, sind dieselben aufrecht zu halten; so weit sie aber dieses Maß überschreiten und den Erbtheil des Vertragserben wesentlich angreifen und entleeren, wird der Widerspruch mit dem Erbvertrag offenbar und sind dieselben ungültig. Als Maßstab der Berechnung darf wohl das ausgedehnteste Pflichttheilsrecht der Kinder betrachtet werden. Den Vertragserben gegenüber von Vermächtnissen besser zu schützen, als die Kinder durch den Pflichttheil geschützt sind, ist kein Grund vorhanden.

2. Aus diesem Paragraph darf nicht etwa geschlossen werden, daß der Erblasser auch den Vertragserben wie den Pflichttheilsberechtigten aus den in § 976 angeführten Gründen enterben dürfe; vom Erbvertrage darf nur nach den Vorschriften der §§ 1073 ff. abgegangen werden. (Z. XV, 306, Erw. 6 u. 7.)

§ 1070.

[2131] Wenn Jemand durch Erbvertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht Verzicht leistet, so wird durch den Verzicht, soweit er reicht, das erbrechtliche Verhältniß des Erben in der Weise zerstört, daß die Erbschaft weder ihm selbst, noch, wenn er den Tod des Erblassers erlebt, seinen durch ihn vermittelten Nachkommen anfällt.

1. Auf sein gesetzliches Erbrecht. Der Erbverzicht wird zwischen dem Erblasser und einem gesetzlichen Erben desselben abgeschlossen. Er kann sich auf die ganze Verlassenschaft oder auf einen Theil derselben beziehen. Ferner kann der Erbe ein für alle Mal und nach allen Seiten hin auf sein Erbrecht verzichten oder nur zu Gunsten bestimmter anderer Erben, so daß sein Erbrecht wieder auflebt, wenn diese wegfallen. Die Tochter kann z. B. zu Gunsten des Bruders auf die Erbschaft verzichten, aber sich ihr Erbrecht vorbehalten, für den Fall, daß der Vater ohne Söhne sterben sollte. Vgl. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 197, 4 ff. Die Beschränkung des Erbverzichts verschafft dem natürlichen Erbrecht Wirksamkeit.

2. Die Wirkung des Erbverzichts ist zunächst nur eine negative, indem sie den Anfall der Erbschaft an den verzichtenden Erben hindert, und wirkt nur mittelbar positiv, indem sie die übrigen Erben von der Konkurrenz des verzichtenden befreit. Die letztern erhalten, wenn sie nicht bei dem Erbverzicht mitwirken, und insofern auch einen Erbeinsetzungsvertrag abschließen, kein vertragsmäßiges Recht aus dem Erbverzicht. Sie können daher den Erblasser nicht hindern, den verzichtenden Erben in einem Testament neuerdings zu bedenken. Selbst eine spätere Erbeinsetzung desselben in einem Testament

ist ihnen gegenüber gültig. Anders freilich ist es, wenn sie selbst an dem Erbvertrag Theil genommen haben. Dagegen kann der Erbe, der auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet hat, gegen ein vertragsmäßig zugesichertes Vermächtniß, nicht nach dem Tode auf dieses verzichten und das gesetzliche Erbrecht neuerdings ansprechen. (Z. VII, 275.)

§ 1071.

[2132]. In der Regel kann Niemand auf mehr als sein eigenes Erbrecht Verzicht leisten. Eine Verzichtleistung eines Erben für seine Kinder oder Erben ist unzulässig, insoweit diese ein selbstständiges Erbrecht geltend machen können.

Haben diese aber die Verlassenschaft ihres Erblassers übernommen und wollen sie ohne Rücksicht auf dessen Verzicht ihr Erbrecht an der Verlassenschaft geltend machen, auf welche jener verzichtet hat, so sind sie den übrigen Erben gegenüber verpflichtet, die Ausrichtungssumme einzuwerfen, welche jener um des Verzichtes willen zuvor empfangen hatte.

1. Auf sein eigenes Erbrecht. Der Erbverzicht ist seinem Grundcharakter nach von erbrechtlicher, nicht von obligatorischer Natur. Es wird daher auch nur das Erbrecht des Verzichtenden aufgehoben und nicht das davon unabhängige Erbrecht seiner Erben zerstört. Das ganze Erbrecht bezieht sich auf das Verhältniß des Verstorbenen zu den Ueberlebenden. Diese sind Erben, nicht weil sie einen früher verstorbenen Erben hinwieder beerbt haben, sondern weil sie selbst unmittelbar mit dem Verstorbenen durch Verwandtschaft verbunden oder von demselben zu Erben berufen sind. Ihr Erbrecht gehört daher nicht zu der Verlassenschaft ihres Vorfahren, der bei seinen Lebzeiten auf sein Erbrecht verzichtet hatte, und ist auch nicht abhängig von dem Willen desselben; es gehört ihnen zu eigenem Recht. Die entgegengesetzte Regel hätte auch die höchst bedenkliche Folge, daß das Erbrecht der Nachkommen zum Gegenstand der Spekulation des Vorfahren gemacht würde. Wenn dieser voraussieht, daß er aller Wahrscheinlichkeit nach den Tod eines Anverwandten nicht erleben werde, so hat er von dem Verzicht auf dessen Erbschaft keine nachtheiligen Folgen für sich selbst zu erwarten. Würde er nun auch für seine Kinder verzichten können, so würde er zum Nachtheil dieser von seinem Verzicht leicht einen Gewinn erhalten, indem sich wohl ein dem Erblasser genehmer Vertragserbe fände, der ihm dafür eine Summe bezahlte. Es wurde daher die obige Regel in der Kommission von 1855 mit Mehrheit gutgeheißen, im Gegensatz zu der Ansicht, daß die Verzichtleistung für die Erben auch gegen dieselbe wirke, insoferne sie die Erbschaft des Verzichtenden übernommen haben.

2. Die Ausrichtungssumme. Die Analogie der §§ 862 und 864 kommt hier zur Anwendung. Die Ausrichtungssumme ist nicht nur dann einzuwerfen, wenn sie in der Verlassenschaft der Verzichtenden noch vorhanden gewesen und daher dessen Erben zugekommen ist, sondern ebenso, wenn sie nicht an die letztern gelangt ist. Sie war ursprünglich immerhin ein Gegenwerth, welcher dem Verzichtenden von dem Erblasser für den Verzicht gegeben wurde. Es ist daher billig, daß dieselbe bei der Theilung der Verlassenschaft in Berücksichtigung fällt und die Erben des Verzichtenden den Verzicht wenigstens insoweit respektiren müssen, als dieser um jenes Verzichtes willen durch die Ausrichtungssumme bereichert worden ist.

§ 1072.

[2133]. Eine Ausnahme machen die Erbverzichte und Ausrichtungsverträge ehelicher Nachkommen des Erblassers zu Gunsten anderer ehelicher Nachkommen desselben, bei welchen im Gegentheil im Zweifel anzunehmen ist, daß die Verzichtleistung auch für die Kinder oder Erben des verzichtenden Familiengliedes verbindlich sei.

1. Diese wichtige Ausnahme der vorigen Regel ist in Uebereinstimmung mit dem alten zürcherischen Recht und hat ihren Grund in den Familienrücksichten, auf denen der Ausrichtungsvertrag beruht. Wenn die ausgerichtete Tochter zu Gunsten der Brüder auf die väterliche Erbschaft verzichtet, so handelt sie hier nicht ausschließlich für sich, sondern wirkt mit zur Regulirung des Familienerbrechts. Aus Familiengründen tritt sie sammt ihren Kindern gegen die Ausrichtung hinter die Brüder zurück. Wenn sie daher vor dem Vater stirbt, so können ihre Kinder nicht in der großväterlichen Erbschaft mit den Söhnen konkurriren. Die Linie der Tochter ist durch den Ausrichtungsvertrag, wie ihn die Sitte von jeher verstanden hat, abgefunden und das Erbrecht der Söhne bleibt gesichert. Die bei § 1071 geschilderten Gefahren treten hier nicht ein. Ob diese Kinder schon zur Zeit der Verzichtleistung ihrer Mutter am Leben waren, oder erst später geboren wurden, ist unerheblich.

C. Aufhebung des Erbvertrages.

§ 1073.

[2134]. Der gegenseitige Erbvertrag kann in denselben Formen aufgehoben werden wie das Testament. Es bedarf jedoch dazu der Mitwirkung beider Vertragspersonen.

1. In denselben Formen aufgehoben. (Vgl. §§ 1041 ff.). Der wesentliche Unterschied ist nur der, daß das Testament durch einseitigen Willen des Erblassers aufgehoben werden kann, der Erbvertrag dagegen nur durch einen zweiseitigen Willen des Erblassers und des Vertragserben. Ebenso ist auch die Abänderung eines gegenseitigen Erbvertrags durch einen späteren Erbvertrag möglich, für diesen aber wieder die Form des öffentlichen Testamentes unerläßlich.

2. Nach dem Tode des einen Kontrahenten kann der andere nicht durch Verzicht auf sein vertragliches Erbrecht sein gesetzliches Erbrecht wieder herstellen. (Z. VI, 274.)

3. Wenn zwei Ehegatten durch gegenseitigen Erbvertrag sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und über den gemeinsamen Nachlaß Verfügungen zu Gunsten Dritter getroffen haben, so darf der überlebende Ehegatte, der auf Grundlage des Erbvertrages den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten angetreten hat, keine mit jenen Verfügungen in Widerspruch stehenden letztwilligen Anordnungen treffen. (OG. 1877, Nro. 46.)

§ 1074.

[2135]. Ueberdies verliert ein wechselseitiger Erbvertrag unter Ehegatten infolge später eingetretener Scheidung von selbst seine Gültigkeit.

1. Dieser Erbvertrag setzt das eheliche Verhältniß und eheliche Gesinnung voraus, wenn gleich in demselben das nicht ausdrücklich gesagt ist. Jeder Ehegatte will durch denselben für den überlebenden Ehegatten sorgen, nicht aber dem bei Lebzeiten schon getrennten und ihm fremd gewordenen Theil erbrechtliche Vortheile zuwenden.

2. Ein solcher Erbvertrag kann nicht einseitig aus den in § 992 angeführten Gründen aufgehoben werden. (Vgl. § 1069, 2.)

3. Durch die bloße Temporalscheidung wird ein solcher Vertrag nicht aufgehoben. (Z. XV, 305, Erw. 4.)

§ 1075.

[2136]. Ein Vermächtnißvertrag, durch welchen ein Erblasser, ohne eine Gegenleistung zu empfangen oder zugesichert zu erhalten, einen Anderen aus Freigebigkeit bedenkt, kann von demselben auch einseitig in Testamentsform (§ 1073) widerrufen werden:

a. wegen Undankes des Bedachten;
b. weil ihm nach Errichtung des Vermächtnißvertrages ein Kind geboren ist, während er zur Zeit der Eingehung desselben kinderlos gewesen war.

1. Aus Freigebigkeit. Darauf beruht die hier gestattete Ausnahme. (Vgl. § 438; Z. XV, 306, Erw. 5.) Die übrigen Gründe, aus denen ein Schenkungsversprechen unter Lebenden widerrufen werden kann, kommen hier nicht in Betracht. Die Verschwendung und die Noth des Schenkgebers sind ohne Einfluß auf den Vermächtnißvertrag, weil bei diesem nicht mehr für den Lebenden zu sorgen ist. Das Uebermaß des Vermächtnisses aber wird in dem Pflichttheilssystem hinreichend berücksichtigt.

2. Das Gesetz spricht nur von Vermächtnißverträgen; daher entsteht der Zweifel, ob aus denselben Gründen auch eine vertragsmäßige Erbeinsetzung, mit welcher keine Gegenleistung verbunden ist, und die nicht auf einem wechselseitigen Erbvertrag beruht, widerrufen werden könne. Die inneren Gründe sprechen für eine analoge Behandlung, und nur die beschränkte Fassung des Gesetzes erregt Bedenken. Da indessen das Gesetzbuch eine vollständige Erwähnung der Ausnahmen seiner Regeln mit Absicht vermieden und die nähere Bestimmung derselben dem Leben und der Praxis der Gerichte überlassen hat, so halte ich, sagt Bluntschli, die Bejahung der Frage für richtiger.

§ 1076.

[2137]. Andere Erbverträge können nur durch notarialische Löschung wieder aufgehoben werden.

1. Vgl. §§ 1055, 1, 1058. Ein bloßer Privatvertrag ist demgemäß nicht zureichend, um die erbrechtliche Wirkung eines notarialischen Erbvertrages aufzuheben.

Dritter Abschnitt.

Von den Verträgen über die Erbschaft eines Dritten.

Erstes Kapitel.

Erbauskauf.

§ 1077.

[2138]. Jeder Erbe ist berechtigt, sich für seine Anwartschaft auf die gemeinsame Erbschaft wie für seine Rechte an einer angefallenen Erbschaft von seinen Miterben oder von einzelnen Miterben auskaufen zu lassen.

In diesem Falle bedarf es der notarialischen Form nicht, sondern genügt die schriftliche Form.

1. Genau genommen sind diese Verträge über die Erbschaft eines Dritten keine erbrechtlichen Geschäfte, sondern zunächst von obligatorischer Natur. Mittelbar haben sie jedoch auch einen Bezug auf das Erbrecht, weil ihr Gegenstand eine erbrechtliche Anwartschaft oder eine Erbschaft ist. Diese Beziehung erfordert eine nähere Beachtung und hat Einfluß auf die Zulässigkeit und Wirksamkeit solcher Verträge.

2. Der Erbauskauf unterscheidet sich von den übrigen Verträgen der Art dadurch, daß derselbe nur unter den Erben selbst abgeschlossen wird; es stehen ihm daher auch weniger Bedenken entgegen, als den letzteren Verträgen, indem nicht eine dritte der Familie und dem bisherigen Erbnexus fremde Person aus demselben Rechte erwirbt, sondern nur ein bestehendes Erbrecht ausgedehnt wird. Am häufigsten kommt der Erbauskauf vor unter Geschwistern. Die Brüder z. B. kaufen ihre Schwestern, ein Bruder die übrigen aus. Gewöhnlich wirken hier Familienrücksichten mit ein, und es bekommt der Vertrag um deßwillen einen familienartigen Charackter. Die Sitte hat diesen Erbauskauf schon seit langem gutgeheißen und ihm größere Wirkungen verschafft, als ein rein obligatorischer Vertrag an sich haben kann. Darauf wurde auch in den folgenden Paragraphen Rücksicht genommen.

3. Genügt die schriftliche Form. Gegen den Antrag, die Form der notarialischen Fertigung vorzuschreiben, wurde erwidert:

a. Die bisherige Rechtsübung fordere dieselbe nicht;
b. es würden daraus für die Parteien erhebliche Kosten veranlaßt;
c. es sei für die Familie lästig, einem Dritten in ihre innern Verhältnisse Einsicht zu verschaffen.

Es wurde daher auf diesem Antrag nicht weiter beharrt. Dagegen versteht es sich, daß die Ueberlassung einer aller Erben angefallenen Liegenschaft, die zur Erbschaft gehört, an einen der Miterben zum ausschließlichen Eigenthum der notarialischen Fertigung bedarf, nicht weil ein Erbauskauf vorliegt, sondern weil die Veräußerung einer Liegenschaft unter Lebenden an die grundbüchliche Form gebunden ist. Dieselbe ist auch da nöthig, wo ohne Erbauskauf in Folge der Erbtheilung einer der Erben ausschließlicher Eigenthümer der Liegenschaft wird. (Z. VI, 331, VII, 181, IX, 459, X, 393.)

4. Der Unterschied zwischen den Fällen dieses ersten und denen des zweiten Kapitels dieses Abschnittes liegt darin, daß es sich hier um einen beiden Kontrahenten gemeinsamen Nachlaß handelt, während im zweiten Kapitel der eine Kontrahent erst durch den Vertrag erbrechtliche Befugnisse an einem ihm bis dahin fremden Nachlasse erwerben soll. (Z. V, 374, Erw. 1; XVII, 203, Erw. 2.) Das Obergericht hat ausgesprochen, daß ein Erbauskauf dann nicht vorliege, wenn Jemand, der sich eine Erbanwartschaft an einen ihm fremden Nachlaß hat abtreten lassen, einem andern Präsumtiverben dieses Nachlasses seine Anwartschaft abkauft. Ich würde hier anderer Ansicht sein.

5. Ueber die Frage, wie ein Erbauskauf, bei welchem der Erblasser selbst mitgewirkt hat, zu behandeln sei, s. § 1054, 4.

6. Ein mit einem Leibding verbundenen Erbauskauf fällt mit der gerichtlichen Verwerfung des Leibdingsvertrages von selbst dahin. (B. V, 277, Erw. 4; Z. V, 265, Nro. 90.)

§ 1078.

[2139]. Werden **Ehefrauen** von Miterben derselben ausgekauft, so genügt die Zustimmung der Ehefrau und ihres Mannes, und bedarf es der in § 592 vorgeschriebenen außerordentlichen Vertretung nicht.

Wenn **Kinder**, welche noch in der Vormundschaft des Vaters stehen, von anderen Erben ihrer elterlichen Parentel ausgekauft werden, so ist die in § 666 vorgeschriebene außerordentliche Vertretung nothwendig; gehören dagegen die auskaufenden Miterben einer ferneren Parentel an oder sind sie mit den Kindern nicht verwandt, so genügt die Zustimmung des Vaters und bedarf es der außerordentlichen Vertretung nicht.

1. Zu Abs. 1. (Vgl. § 1054, § 1077, 2.) Der frühere § 2139 sagte allgemein: „Nehmen Ehefrauen an solchen Auskaufsverträgen Theil"; es hätte also, buchstäblich genommen, eines außerordentlichen Vormundes für die Frau auch dann nicht bedürft, wenn sie nicht Ausgekaufte, sondern Auskäuferin und damit auch Schuldnerin des Kaufpreises war. Allein das Obergericht erklärte auf die Einfrage eines Notars mit einläßlicher Begründung, dies sei nicht der wahre Sinn des Gesetzes, vielmehr bilde im letzteren Falle die Mitwirkung eines außerordentlichen Vormundes eine Voraussetzung der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes (Z. XXIII, 242), während für die bloße Nachwährschaftspflicht der Ehefrau als Verkäuferin dieselbe nicht erfordert wurde (OG. 1872, Nro. 19). Dieser Ansicht hat nun die neue Fassung des Paragraphen gesetzliche Autorität verliehen.

2. Darüber, ob, wenn die Frau ausgekauft wird, auch ihre Unterschrift auf dem Vertrage nothwendig sei, oder diejenige ihres Mannes genüge, lagen bei der unbestimmteren Fassung des früheren § 2139 widersprechende Entscheidungen des Obergerichtes vor. Nach Z. VI, 331 und VII, 180 wurde die Unterschrift der Ehefrau verlangt, nach Z. X, 400 dagegen erklärt, die Unterschrift des Mannes genüge, wenn vorliege, daß er dem Willen seiner Frau, der eigentlichen Vertragspartei, gemäß gehandelt habe. Auch diese Frage ist nun gesetzlich entschieden, und zwar im ersteren Sinne durch die Fassung: „Die Zustimmung der Ehefrau und ihres Mannes."

3. Zu Abs. 2. Ganz das Nämliche wie mit Bezug auf die Ehefrau nach Bemerkung 1 war von der Expertenkommission auch mit Bezug auf die Kinder vorgeschlagen: außerordentliche Vertretung, wenn sie die Auskaufenden sind, Vertretung bloß durch den Vater, wenn sie ausgekauft werden, gemäß der Praxis (Z. XIX, 333, Erw. 6; OG. 1884, Nro. 36). Das Erstere wurde allseitig angenommen; mit Bezug auf den zweiten Fall dagegen wurden in der kantonsräthlichen Kommission Bedenken erhoben. Der beleuchtende Bericht an das Volk sagt hierüber: „Von der Vorschrift, daß hier die Vertretung durch den Vater genüge, schien uns eine Ausnahme im Interesse der gleichmäßigen Behandlung der Kinder für den Fall geboten, wo es sich um den Auskauf mit Bezug auf das Vermögen des noch lebenden Vaters unter den Kindern selbst handelt. Die Erfahrung lehrt, daß in Fällen dieser Art der Vater in der Regel zu Gunsten des Auskaufenden befangen und bestrebt ist, diesem die Uebernahme des Nachlasses, namentlich der Liegenschaften, möglichst, vielleicht sogar auf Unkosten der übrigen Kinder zu erleichtern." Darum nun also auch hier der außerordentliche Vormund wie in den Fällen, da die Kinder die Auskäufer sind. Es stimmen mit jenen Bemerkungen auch schon früher vom Obergerichte gemachte Erfahrungen überein. (Z. XIX, 333, Erw. 6.)

§ 1079.

[2140]. Bezieht sich der Auskauf auf eine zukünftige Verlassenschaft, so ist anzunehmen, der ausgekaufte Erbe habe auf sein Erbrecht zu Gunsten des auskaufenden Miterben verzichtet, so daß die Verlassenschaft zur Zeit des Anfalles diesem an jenes Statt zukommt, und der ausgekaufte Erbe weder eine allfällige Ausschlagserklärung abzugeben hat, noch den Erbschaftsgläubigern haftet.

Im Zweifel wirkt diese Verzichtleistung auch gegen die Nachkommen und Erben des Verzichtenden (§ 1072) und bezieht sich auf die ganze Verlassenschaft des Erblassers, auch wenn dieselbe nach Abschluß des Auskaufsvertrages durch Erbschaften oder auf andere Weise vermehrt worden wäre.

1. Verzichtet. Ein wahrer Erbverzicht ist zwar nur da vorhanden, wo der Erblasser bei dem Vertrage mitgewirkt hat, und dieser zu einem wahren Erbvertrag geworden ist. Indessen hat der Erbauskauf, wenn er sich auf eine zukünftige Verlassenschaft bezieht, doch eine dem Erbverzicht analoge Wirkung. Die Erbschaft fällt dann nicht mehr dem ausgekauften Erben an, sondern dem Auskäufer, zwar nicht unmittelbar, wie bei dem Erbverzicht, aber mittelbar, insofern der Auskäufer als der rechtmäßige und zu eigenem Recht betheiligte Vertreter des ausgekauften Erben betrachtet

wird. Der ausgekaufte Erbe ist für seine Person aus der Erbverbindung aus- — der Auskäufer an seiner Statt eingetreten. Von diesem, nicht von jenem hängt es daher ab, ob er die Erbschaft übernehmen oder ausschlagen wolle, und ebenso gehen die Erbschaftsschulden auf den Auskäufer über. Insoferne wird dem Erbauskauf allerdings, wenigstens mittelbar, eine erbrechtliche Wirkung zugeschrieben und die Grenzen eines rein obligatorischen Geschäftes sind überschritten. (Z. III, 206; V, 377; XIX, 333, Erw. 5.)

2. Gegen die Nachkommen und Erben. (Vgl. § 1072, 1.) Auch hier wirkt die Analogie des Erbverzichts und die Rücksicht auf die familienmäßige Begründung des Erbauskaufs ein. Der Bruder will nicht seine Schwester persönlich, sondern die Linie derselben auskaufen. Wenn jedoch aus besonderen Gründen die Familienrücksichten eine entgegengesetzte Behandlung erfordern, so ist das Gericht nicht gehindert, von dieser nur im Zweifel geltenden Bestimmung abzuweichen. Wenn z. B. ein Sohn in der Besorgniß, daß er von seinem Vater nach § 976 enterbt werde, durch einen Erbauskauf zum Nachtheil seiner Kinder seine Erbanwartschaft an seinen Bruder verkauft, und der Vater ihn später wirklich enterbt, und seine Kinder zu Erben einsetzt, so sind diese in ihrem Erbrecht zu schützen.

3. Auf die ganze Verlassenschaft. Eine Beschränkung des Verzichtes ist möglich, muß aber nachgewiesen werden. (Z. XII, 229.)

4. Nach Abschluß des Auskaufsvertrags u. s. f. Bluntschli sagt: „Die Ansichten darüber waren in der Kommission anfangs getheilt und auch die bisherige Gerichtspraxis war schwankend. Zuletzt verständigte man sich zu der obigen Auslegung, welche der Natur des Erbauskaufs besser entspricht. Gegenstand desselben ist nicht das zur Zeit des Auskaufs vorhandene Vermögen des Erblassers, sondern die Anwartschaft auf die zukünftige Verlassenschaft. Beide Kontrahenten sehen voraus, daß das Vermögen des Erblassers bis zu seinem Tode mancherlei Veränderungen erleiden werde, und sowohl vermehrt als vermindert werden könne, ohne daß diese Aenderung einen Einfluß hat auf die ein für allemal fixirte Auskaufssumme. Indessen ist es denkbar, daß entweder bestimmte spätere Erwerbungen ausgenommen oder selbst in seltenen Fällen als selbstverständlich vorbehalten betrachtet werden. Z. B. der Sohn A kauft seine Schwester B für ihre Ansprüche auf die väterliche Verlassenschaft aus. Außer ihnen lebt noch ein Sohn C, der sich ein bedeutendes Vermögen erwirbt. Zur Zeit des Auskaufs denkt Niemand an die unwahrscheinliche und dem natürlichen Erbgang zuwiderlaufende Möglichkeit, daß C vor dem Vater E sterben und von diesem beerbt werde. Da wäre es allerdings unbillig, wenn nun die Schwester B, die vielleicht gerade auf die Unterstützung des C angewiesen war, um jenes Auskaufs willen, dessen Summe lediglich nach dem Vermögen des Vaters bemessen war, von jener Erbschaft völlig ausgeschlossen würde."

5. Im Zweifel hat der Auskäufer an Stelle des Ausgekauften die Kosten der Bestattung des Erblassers zu tragen. (Z. X, 395.)

§ 1080.

[2141]. Wird über eine angefallene Erbschaft ein Auskaufsvertrag geschlossen, so ist der ausgekaufte Erbe zunächst als der eigentliche Erbe zu betrachten. Der auskaufende Miterbe muß zwar an Stelle des ausgekauften für die Erbschaftsschulden einstehen; die Erbschaftsgläubiger können sich aber in diesem Falle auch an den ausgekauften Erben halten.

1. Die in diesem Paragraph vorgenommene Aenderung ist lediglich redaktionell. Der alte § 2141 hatte hinzugefügt, daß der auskaufende Miterbe Cessionar des ausgekauften sei, und das versteht sich von selbst, gilt aber selbstverständlich nur für die zu dem abgetretenen Erbtheil gehörenden Forderungen. Für diese Cession, die kein erbrechtliches Geschäft ist, sind die Art. 183 ff. des schweiz. OR. maßgebend.

2. Eine angefallene Erbschaft. In diesem Fall ist nicht die Anwartschaft auf das Erbe, sondern der Erbtheil, der dem Verkäufer zugefallen ist, Gegenstand des Erbauskaufs. Der letztere ist daher wirklicher Erbe geworden und hat nicht auf sein Erbrecht verzichtet, sondern die Erbschaft veräußert. Die Natur eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden wird daher hier nicht ebenso modifizirt, wie in dem vorigen Fall. Der Erbauskauf begründet keine Universalsuccession. Für die Erbschaftssachen bedarf es daher zur Vollziehung des Auskaufs einer Eigenthums-Uebertragung wie in andern Fällen, wenn ein Vermögenskomplex veräußert wird. Die Erbschaftsforderungen werden durch die Cession übertragen und der Auskäufer ist verpflichtet, an der Stelle des Verkäufers die Erbschaftsschulden zu übernehmen. Gegenüber den Erbschaftsgläubigern kann sich der Verkäufer daher auch nicht seiner Verbindlichkeit entziehen, noch einen andern Schuldner gegen ihren Willen an seine Stelle setzen; aber der Auskäufer ist hinwieder durch jene Uebernahme gebunden, für den Verkäufer zu zahlen, und es ist daher einfacher, den Gläubigern auch eine direkte Klage gegen ihn zuzugestehen, als dieselben anzuweisen, vorerst den eigentlichen Erben und mittelbar durch diesen den Auskäufer zu belangen. Es liegt also im Erbauskauf ein gesetzlich bestimmter Fall eines Vertrages zu Gunsten Dritter, der Erbschaftsgläubiger. (Z. XIII, 180, Nro. 135; vgl. § 1083, 2.)

3. Der Auskaufende hat auch die auf den gekauften Erbtheil fallende Nachsteuer zu übernehmen, denn auch diese ist eine Erbschaftsschuld, dagegen nicht den betreffenden Theil der Inventarisations- und Schatzungskosten (Z. XIII, 94).

§ 1081.

[2142]. Die Anfechtung eines Auskaufsvertrages kann nur aus den allgemeinen Gründen der Anfechtung von Verträgen stattfinden.

1. Auch dies ist nur eine redaktionelle Verbesserung des alten Paragraphen.

2. Aus den allgemeinen Gründen also z. B. wegen böswilliger Täuschung (Z. X, 402, s. § 968, 1), nicht wegen des Mißverhältnisses zwischen Preis- und Kaufsobjekt (læsio enormis). B. XIX, 43, Nro. 21; Z. V, 48; IX, 461, Erw. 6; X, 401; XX, 352, Nro. 131, Erw. 2, § 968, 3. Das würde sich eigentlich von selbst verstanden haben, es erschien aber zweckmäßig, es ausdrücklich zu sagen, weil bei der Erbtheilung, mit der ein Erbauskauf Aehnlichkeit hat, es sich anders verhält s. § 968. Die Kontrahenten haben aber beim Auskauf nicht wie bei der Theilung ihrer gleichartigen Ansprüche an den Nachlaß realisiren wollen, sondern einen Umsatz in Geld vorgenommen wie bei jedem andern Kauf. (Z. V, 374; IX, 191.)

3. Das Obergericht hat erklärt, daß die gewöhnliche Verjährung der Civilklage aus Dolus hier nicht anwendbar sei (Z. VIII, 182). Das trifft jedenfalls jetzt nicht mehr zu.

4. Dieser Paragraph bezieht sich auch auf den mit dem überlebenden Ehegatten geschlossenen Erbauskauf (vgl. § 968, 2.)

5. Der Paragraph bezieht sich, wie in der Expertenkommission gesagt wurde, eben so wohl auf den Auskauf von Erbanwartschaften wie auf den von angefallenen Erbschaften.

Zweites Kapitel.

Andere Verträge über die Erbschaft eines Dritten.

§ 1082.

[2143]. Andere Verträge über die Erbschaft eines Dritten, bei welchen der Erblasser nicht selbst mitwirkt, haben in der Regel keine unmittelbar erbrechtliche, sondern nur eine obligatorische Bedeutung.

1. Ueber den Unterschied zwischen den Fällen dieses und denen des ersten Kapitels s. § 1077, 4.

2. Weniger Bedenken erregen derartige Verträge über eine bereits angefallene Erbschaft, als die über eine zukünftige, daher wurden für jene strengere Formen vorgeschrieben (§ 1084) als für diese. Es sollen damit einer ungehörigen Vertrödelung zukünftiger Erbschaften Schranken gesetzt werden.

3. Der Besitz eines fremden Erbtheils kann nicht am ganzen Erbtheil ausgeübt werden, sondern nur an den einzelnen Stücken. (Z. XVII, 206, Erw. 12.)

§ 1083.

[2144]. Der Erwerb einer solchen Erbschaft ist nach den Vorschriften über Abtretung der Forderungen zu behandeln. Sofern der Erwerber dieselbe nach dem Anfalle übernimmt, ist er den Erbschaftsgläubigern haftbar.

1. Nach den Vorschriften über Abtretung der Forderungen. Der frühere § 2144 sagte gleichbedeutend: „Der Erwerber ist als Cessionar zu behandeln.“ Beides ist sonderbar. Der Käufer ist bis zur Erfüllung lediglich Kreditor, nach derselben Eigenthümer der tradirten Sachen und Cessionar der abgetretenen Forderungen.

2. Den Erbschaftsgläubigern haftbar wie im Falle des § 1080, und schon im römischen Recht, vgl. § 1080, 2.

3. Es kann auch nur ein bestimmter Betrag der Erbschaft nach diesen Formen abgetreten werden. (Z. XVII, 204, Erw. 5 ff.)

§ 1084.

[2145]. Werden derartige Verträge bei Lebzeiten des dritten Erblassers über eine zukünftige Erbschaft abgeschlossen, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit sowohl der notarialischen Fertigung als der Anzeige an den Erblasser.

1. Vor dem privatr. GB. genügten hiefür formlose Verträge. (Z. XII, 35, Erw. 1.)

2. Der Anzeige an den Erblasser. Durch die Anzeige erhält der Erblasser, wenn er damit nicht einverstanden ist, die Veranlassung, über den Erbtheil des Veräußerers anders zu disponiren (§ 1086). Die Interessen des Erwerbers werden zwar dadurch gefährdet; er läuft nicht bloß die Gefahr, daß sein erkauftes Recht durch einen vor dem Tode des Erblassers eintretenden Tod des Erben zunichte werde, sondern auch die, daß der Erblasser ihm durch letztwillige Verfügung die Erbschaft entziehe. Er kann sich aber darüber nicht beschweren, weil der Veräußerer noch kein wirkliches Erbrecht hat. Die praktische Folge dieser Bestimmung wird sein, daß solche Verträge nur da zu Stande kommen, wo sie mit den Familieninteressen nicht in Konflikt gerathen, bezw. der Erblasser einwilligt. Es kann sich ein liederlicher Sohn keine Hoffnung machen, daß er gegen den Willen seines Vaters für die Anwartschaft auf dessen Erbe einen Käufer finde, und der habsüchtigen Spekulation auf solche Veräußerungen ist eine Schranke gesetzt.

3. Nothwendig ist nicht eine genaue Mittheilung des Inhaltes des Vertrages (Z. XX, 353, Erw. 1.)

4. Fertigung. (Vgl. § 1082, 2.) Sie hat zu geschehen im allgemeinen Protokoll; eine Fertigung eines diesfälligen Vertrages lediglich bei Anlaß einer Uebertragung von Liegenschaften im Grundprotokoll ist wirkungslos. (Z. GR. I, 254; OG. 1874, Nro. 14; Notariatsgesetz vom 26. Juni 1839 [Off. S. Bd. V, 114] § 17.)

§ 1085.

[2146]. Werden sie nach dem Tode desselben mit Bezug auf eine angefallene Erbschaft eingegangen oder beziehen sie sich auf die zukünftige Verlassenschaft von unbekannt wo Abwesenden, so ist die schriftliche Abfassung und Unterzeichnung durch die Vertragsparteien nöthig.

1. Eine angefallene Erbschaft. Dieser Vertrag ist nicht, wie der vorige, ein gewagtes Geschäft. Man kennt den Gegenstand der Veräußerung und seinen Werth genau, und es läßt sich daher eher erwarten, daß der Preis demselben gemäß sei. Es ist so auch dem Erben einer Verlassenschaft, woran einer andern Person die Nutznießung zusteht, die Möglichkeit gegeben, sein Recht gegenwärtig schon zu realisiren.

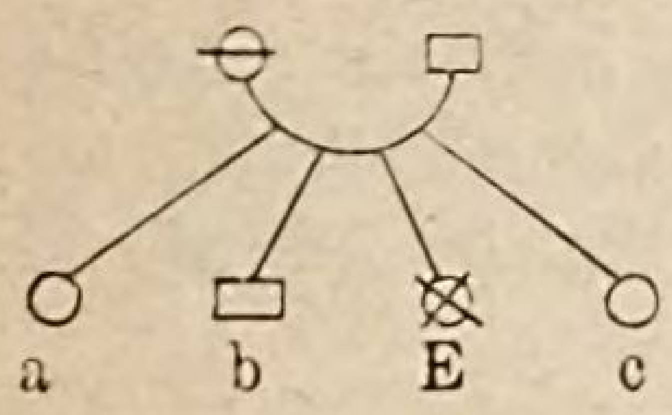
2. Verlassenschaft von unbekannt wo Abwesenden In formeller Beziehung sind diese zwar bis zur Todeserklärung des unbekannt Abwesenden als zukünftige Erbschaften zu betrachten; der praktischen Bedeutung und dem Erfolge nach aber stehen sie einer angefallenen Erbschaft näher und werden daher wie diese behandelt. Eine Anzeige an den Erblasser ist hier nicht möglich, weil dieser unbekannt abwesend ist. Das Vermögen desselben ist bereits als ein verlassenes Gut zu betrachten und seine Größe, so wie die wirkliche Erbberechnung meistens näher bestimmt. Die Kontrahenten wissen genau, um was es sich handelt und können den Erfolg ihres Vertrags mit Sicherheit berechnen. Es kann so ein Erbe seinen Antheil gegenwärtig nutzbar machen, während er ohne das bis zur Todeserklärung warten müßte.

§ 1086.

[2147]. Wenn ein Erbe bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Mitwirkung seine erbrechtliche Anwartschaft auf die künftige Verlassenschaft

an einen Dritten veräußert, so verliert er dadurch jeden Anspruch, sich gegen die letztwilligen Verfügungen des Erblassers aus dem Grunde der Verletzung des Pflichttheiles zu beschweren.

Erläuterung.



Die Pflichttheile von a + b + c betragen zusammen 9000 Franken, c hat aber sein Erbrecht an m veräußert, E hat Vermächtnisse hinterlassen, welche bis auf 3000 Franken auch diese Pflichttheile in Anspruch nehmen. a hat das Recht, daß dieselben um 1000 Franken vermindert werden, so daß er den Pflichttheil von 3000 Franken unversehrt erhält, b hat dasselbe Recht. Aber c oder m können dasselbe nicht geltend machen. Daher werden die Vermächtnisse nur um 2000 Franken verkürzt. Der Erblasser konnte überdies ausdrücklich verordnen, daß die sämmtlichen Vermächtnisse zuerst von dem Pflichttheile des c abgezogen werden.

1. Solche Verfügung des Erben bildet also nicht nur einen Enterbungsgrund, den der Testator im Testament anführen müßte (§ 977), sondern nimmt, auch wenn der Testator darüber ganz schweigt und einfach über den Pflichttheil des Betreffenden verfügt, diesem die Berechtigung, deswegen das Testament anzufechten. Hat einmal ein Erbe sein zukünftiges Erbrecht außerhalb der Familie veräußert, so soll er sich nicht gegen die letzten Anordnungen des Erblassers darauf berufen können, daß die Familienpietät gegen ihn durch Entzug des Pflichttheils verletzt werde. (Z. XII, 38.)

2. In der Erläuterung ist der Ausdruck „bis auf 3000 Fr.“ zweideutig; die Meinung ist die, daß die Verletzung des Pflichttheils bis auf 3000 Fr. angestiegen sei, den 3 Erben also nur noch 6000 Fr. bleiben.

§ 1087.

[2148]. Wenn der Veräußerer einer zukünftigen Erbschaft vor dem Erblasser stirbt, so ist anzunehmen, es sei der Gegenstand der Veräußerung durch Zufall untergegangen, und die Erben des Veräußerers sind zu keinen weiteren Leistungen an die andere Vertragsperson verpflichtet.

1. Die Erben des Veräußerers sind nicht daran gehindert, den ihnen zufallenden Erbtheil am Nachlasse desjenigen, als dessen Erbe ihr Erblasser veräußert hatte, anzutreten, und sie brauchen auch nicht, was sie in der Erbschaft des Veräußerers empfangen haben, dem Käufer der zukünftigen Erbschaft zurück zu erstatten. Dieser hat die Hoffnung erkauft und diese Hoffnung ist nicht in Erfüllung gegangen. Seine Spekulation auf die zukünftige Erbschaft ist verunglückt und er hat diese Gefahr vollständig zu tragen. (Vgl. Z. V, 379.)

§ 1088.

[2149]. Eine Erbschaft oder ein Erbtheil als Ganzes oder eine Erbanwartschaft kann nicht Gegenstand eines Pfandrechtes sein.

1. Der frühere § 2149 hatte eine solche Verpfändung in der Form des generellen Pfandrechtes zugelassen. Nachdem nun aber Art. 210 des schweiz. OR. grundsätzlich festgestellt hat, daß ein Pfandrecht an beweglichen Sachen (Vieh ausgenommen) oder an Inhaberpapieren nur als Faustpfand bestellt werden könne, erschien eine solche Verpfändung nicht mehr als statthaft.

2. Durch die Fassung des Paragraphen ist aber absichtlich auch die gerichtliche Pfändung eines Erbtheils, die das schweiz. OR. nicht ausschließt, ausgeschlossen worden; es müssen die einzelnen Erbschaftssachen gepfändet werden, das liegt im Interesse der Klarheit der Rechtsverhältnisse.

Uebergangsbestimmungen.

§ 1089.

[neu]. Die Vorschriften des Schweizerischen Obligationenrechtes gelten auch für die dem kantonalen Rechte unterworfenen Rechtsverhältnisse, soweit dieses Gesetzbuch darüber keine besonderen Bestimmungen enthält.

1. Durch diesen Paragraphen ist die im Vorwort p. 9 erwähnte juristische Streitfrage über die Anwendung des schweiz. OR. klar und einfach entschieden worden. Das schweiz. OR. gilt durchweg auf allen Gebieten, auch den dem kantonalen Rechte vorbehaltenen, wie bei Verträgen über Liegenschaften, Schenkungen, Versicherungsverträgen u. s. w., soweit nicht eine besondere Bestimmung in den vorstehenden 1088 Paragraphen getroffen worden ist. Es ist damit wie durch eine im Kanton Bern erlassene Bestimmung gleichen Inhaltes nicht nur der Sicherheit des Verkehrs im Kanton gedient, sondern zugleich ein weiterer Schritt zur Erreichung eines einheitlichen Privatrechtes für die ganze Schweiz gethan worden. Der Entwurf der Expertenkommission hatte speziell bestimmt, und das im Berichte an den Regierungsrath hervorgehoben, daß die vom schweiz. OR. aufgestellten Grundsätze der zeitlichen Herrschaft des alten und des neuen Rechts, welche bereits Gegenstand vielfacher praktischer Anwendung und wissenschaftlicher Behandlung geworden seien, auch auf das Verhältniß zwischen dem alten und dem neuen kantonalen Rechte anwendbar sein sollen. Dies ist jetzt in der weiteren Fassung des Paragraphen inbegriffen. Der Inhalt des ganzen Paragraphen liegt eigentlich schon in § 1092 lit. a; indessen wurde gewünscht, daß dies noch besonders hervorgehoben werde.

§ 1090.

[885]. Eine zur Zeit noch in Kraft bestehende freiwillige Pfandverschreibung, welche nicht unter § 403 fällt, erlöscht schon vor dem in Art. 885 des Schweizerischen Obligationenrechtes bezeichneten Zeitpunkte, sofern der Gläubiger sie nicht jeweilen vor Ablauf der Jahresfrist, für welche sie bewilligt wurde, auf ein weiteres Jahr erneuern läßt.

1. Durch die Berufung auf § 403 sind von diesem Paragraphen die nach dem 31. Dezember 1887 errichteten Pfandverschreibungen auf Vieh ausgeschlossen worden; diese müssen nur alle zwei Jahre erneuert werden. § 407. Im Uebrigen entspricht der Inhalt dieses Paragraphen dem bisherigen zürcherischen Rechte.

2. Nach dem schweiz. OR. Art. 210 können seit dem 1. Januar 1883 keine neuen freiwilligen Pfandverschreibungen mehr, außer auf Vieh, errichtet werden. Nach Art. 885 das. erlöschen aber die alten, vor dem 1. Januar 1883 errichteten freiwilligen Pfandverschreibungen, falls sie jeweilen rechtzeitig erneuert worden sind, erst 6 Monate nach der Fälligkeit der Forderung. Wird dagegen die Frist bei einer dieser Erneuerungen versäumt, so ist das Pfandrecht untergegangen und kann nicht wieder hergestellt werden (Kreisschreiben des Obergerichts vom 24. Dezember 1887).

3. Nun gibt es aber Forderungen, deren Fälligkeit sich gar nicht voraussehen läßt, für deren Verschreibungspfandrecht also ein Erlöschen noch auf mehrere Jahrzehnte hinaus nicht abzusehen ist. Man denke z. B. an eine Pfandverschreibung, welche zur Deckung der Regreßforderung einer bürgenden Firma gegen eine andere Firma als Hauptschuldnerin errichtet worden ist. Soll wegen dieser seltenen Fälle das alte so anomal gewordene Rechtsinstitut und das betreffende Pfandbuch beibehalten werden müssen? Der Redaktor des neuen Gesetzes verneinte die Frage und beantragte für diese Pfandrechte gleich wie für diejenigen des § 1091 eine längste Lebensdauer bis 31. Dezember 1892, nämlich bis zu derjenigen Zeit, bis zu welcher nach dem schweiz. OR. auch die alten Firmen mit dem neuen Gesetze in Uebereinstimmung gebracht werden müssen und so nach der Intention dieses Gesetzes das Uebergangsstadium überhaupt beendigt sein sollte. In der Expertenkommission ging die Ansicht der Mehrheit der Mitglieder zuerst sogar dahin, daß nach Art. 210 des OR. eine Erneuerung der Pfandverschreibungen überhaupt nicht mehr zulässig sei. Es wurde aber hiegegen geltend gemacht, daß das Bundesgesetz keineswegs in erworbene Rechte habe eingreifen wollen, vielmehr die Regelung des Uebergangs vom alten in das neue Mobiliarpfandsystem der Kantonalgesetzgebung überlasse; die Erneuerung der Pfandverschreibung sei ein einseitiger Akt des Kreditors, ein bloßer Kontrolvormerk und nicht ein neuer Pfandvertrag und daher durch das OR. nicht verboten; durch die kantonale Gesetzgebung könne nun bestimmt werden, daß nach einer Reihe von Jahren das Institut der freiwilligen Pfandverschreibungen untergehen solle. Diese Ansicht, der sich auch Bundesrichter Dr. Hafner hierüber befragt, brieflich anschloß, gewann die Oberhand. Es wurde von der Kommission für diese alten Pfandverschreibungen gleich wie für die Viehverpfändungen eine bloß 2jährige Erneuerung vorgeschrieben, und das Erlöschen aller nicht amtlich bestellten Pfandverschreibungen auf spätestens den 31. Dezember 1892 festgesetzt, falls nicht vor diesem Tage die Realisirung des Pfandrechtes begonnen worden sei und ohne Verzug durchgeführt werde, zugleich aber auch den Kreditoren das Recht gegeben, ein solches Pfandrecht, auch wenn die Forderung erst später fällig sein würde, vom 1. Dezember 1892 an zu realisiren. Der Regierungsrath, die kantonsräthliche Kommission und der Kantonsrath stimmten bei. Als aber die Redaktionskommission die schließliche Redaktion des Gesetzbuches vorlegte, stellte Prof. Treichler im Kantonsrathe zu diesem Paragraphen einen Wiedererwägungsantrag und verlangte, daß die Beschränkung dieser Pfandverschreibungen auf die Zeit bis zum 31. Dezember 1892 als ein Eingriff in wohlerworbene Rechte gestrichen werde, und er drang durch.

§ 1091.

[neu]. Die zur Zeit noch bestehenden generellen Pfandrechte erlöschen mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach der Fälligkeit der Forderung beziehungsweise nach dem Zeitpunkte, auf welchen diese kündbar ist, und spätestens mit dem 31. Christmonat 1892, falls nicht schon vor diesem Tage entweder der Konkurs über den Schuldner eröffnet worden ist und in demselben die Realisirung des generellen Pfandrechtes durchgeführt wird, oder, wenn die Forderung streitig gemacht wurde, ihre gerichtliche Geltendmachung und Realisirung begonnen worden ist und ohne Verzug durchgeführt wird.

Der Inhaber einer solchen Forderung ist berechtigt, vom 1. Christmonat 1892 an, auch wenn letztere erst auf einen späteren Termin fällig oder kündbar ist, den Schuldner auf dem Wege des Rechtstriebes zur Bestellung anderer Sicherheit anzuhalten.

1. Mit Bezug auf diese generellen Pfandrechte (s. das alte privatr. GB. §§ 889—895) hatte zwar das Obergericht ausgesprochen, daß sie trotz ihrem Namen keine wirklichen Pfandrechte, sondern in Wahrheit Konkursprivilegien seien, und daß ihnen also Art. 210 OR. nicht entgegenstehe. Indessen war die Expertenkommission der Ansicht, daß, wenn auch dies richtig sei, doch nach der Intention des Bundesgesetzes auch solche durch Privatvertrag zu schaffende Sicherungsmittel aufhören sollen und schlug daher für dieses Rechtsinstitut den nämlichen Zeitpunkt und die nämlichen Modalitäten des Erlöschens vor wie für die freiwilligen Pfandverschreibungen s. § 1090, 3, und dieser Antrag ist vom Kantonsrath acceptirt, und eine Wiedererwägung desselben nicht verlangt worden. Es ist im Paragraph nicht gesagt, versteht sich aber von selbst, daß neue generelle Pfandrechte nicht mehr bestellt werden können. Der beleuchtende Bericht an das Volk, welcher dies hervorhebt, fügt bei: „Es sprechen dafür die Gründe der Beseitigung der hypothekarischen Mobiliarpfandrechte, insbesondere das Interesse der Gleichstellung der nicht äußerlich sichtbar besser gestellten Kreditoren eines Schuldners im Konkurse noch in erhöhtem Maße."

§ 1092.

[neu]. Soweit die Bestimmungen dieses Gesetzbuches nicht bereits in Kraft stehen, treten sie mit dem 1. Jenner 1888 in Kraft.

Mit dem nämlichen Tage treten außer Kraft:

a. alle in dieses Gesetzbuch nicht mehr aufgenommenen Bestimmungen des bisherigen privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich;

b. alle diesem Gesetzbuche widersprechenden Bestimmungen zürcherischer Gesetze und Verordnungen, insbesondere:

die §§ 141, 146, 151, 155 bis 158 des Gesetzes betreffend das Konkursverfahren vom 29. Weinmonat 1871;

der erste Satz des § 20, Abs. 1 des Gesetzes betreffend Maßnahmen gegen die Reblaus vom 12. Brachmonat 1881;
der § 17 des Gesetzes über die Polizei an Sonn- und Festtagen, über die Wirthschaften und das Spielen vom 19. Christmonat 1839.

1. Zu lit. a. Vgl. § 1089, 1.

2. Zu lit. b. Ueber die angeführten Paragraphen des Konkursverfahrens ist oben bei den betreffenden Paragraphen des privatr. GB. gehandelt worden. Das Reblausgesetz (Off. S. Bd. XX, 265) bestimmte in § 20 Abs. 1 über das stillschweigende Pfandrecht des Rebfondes. Dafür sind nun die §§ 332 lit. c., 333 und 341 maßgebend, vgl. § 332, 6, 333, 1.

3. Das Sonntagspolizeigesetz (Off. S. Bd. V, 284) § 17 bestimmte, daß für Schulden, die von Uertenaufschlagen und Weinschenken auf Borg und Beit herrühren, kein Recht gehalten werden solle.

§ 1093.

[neu]. Bis zum Inkrafttreten eines Bundesgesetzes betreffend die Schuldbetreibung und den Konkurs gelten die nachfolgenden Bestimmungen:

1. Die kantonsräthliche Kommission hat die nachfolgenden Bestimmungen an den Schluß des Gesetzbuches verlegt. Der Bericht der Kommission an den Kantonsrath, und danach auch der beleuchtende Bericht des Regierungsrathes an das Volk spricht sich darüber aus wie folgt:

„Die Rücksicht auf die gesteigerte Wahrscheinlichkeit des baldigen Zustandekommens eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs ließ es als richtig erscheinen, den Titel „Konkurs der Gläubiger" aus dem dritten Buche ganz auszuscheiden und in die Uebergangsbestimmungen zu verweisen, wo sie lediglich als bis zum Erlaß eines Bundesgesetzes noch vorläufig in Kraft bestehend aufgeführt werden. Schon der regierungsräthliche Entwurf ließ sich von demselben Gedanken leiten, indem er die Bestimmungen betreffend die Konkursprivilegien aus dem Sachenrechte ausschied und in das Obligationenrecht aufnahm; er wollte die sämmtlichen Bestimmungen, welche mit dem Eingreifen des Bundesrechtes außer Kraft gesetzt werden, jetzt schon zusammenstellen, damit später in dieser Beziehung nicht Ungewißheit entstehe. Der Kantonsrath hat diesen Gedanken konsequent durchgeführt. Die Ausscheidung dieser Materie soll überdies gleichzeitig die Erklärung dafür bilden, daß in derselben, einzig ausgenommen die Aufnahme des § 151 des Konkursgesetzes, von Aenderungen abgesehen wurde, obwohl gerade hier mehrfaches Bedürfniß vorgelegen hätte, wenn das kantonale Recht noch länger Geltung auf diesem Gebiete haben sollte."

§ 1094.

[1228]. Wer im Schuldbetreibungsverfahren zur Zahlung einer angeblichen, von ihm nicht anerkannten Schuld genöthigt worden ist, kann den

bezahlten Betrag wieder zurückfordern, sofern er den Beweis leistet, daß er denselben nicht schuldig war.

1. Der Paragraph soll nicht materiell verschieden sein vom alten § 1228, nur schärfer gefaßt, und durch die gesetzliche Regulirung der Beweislast freilich entgegen früherer Praxis (M. IX, 323 aber in Uebereinstimmung mit zahlreichen Entscheidungen späterer Zeit, U. 1902, 1903) ergänzt. Es versäumt etwa ein durch Rechtstrieb belangter Schuldner die für die Ertheilung des Rechtsvorschlages bestimmte Frist oder die Frist des Rekurses gegen die Ertheilung der Rechtsöffnung (Z. XIX, 301) und ist dann genöthigt eine Schuld zu bezahlen, die er nicht anerkennt und die vielleicht auch nicht begründet ist. Er zahlt hier nicht aus Irrthum, sondern aus formellem Zwang (Z. XVIII, 137, Nro. 74); er zahlt aber in beiden Fällen eine Nichtschuld und es liegt in beiden Fällen eine nicht gerechtfertigte Bereicherung des Empfängers vor. Der Rechtstrieb soll nur dazu dienen, dem Gläubiger Zahlung seiner Schuld zu verschaffen, nicht dazu, neue Schulden zu erzeugen. Es ist daher eine Rückforderung der Nichtschuld auch in diesem Falle zulässig. (Vgl. Schneider, Kommentar zum schweiz OR. Art. 72, 2.)

2. Der alte § 1228 sprach nur von Versäumung der Fristen; die Praxis hat denselben aber auch ausgedehnt auf den Fall, wo Jemand im Rechtstriebverfahren die Frist nicht versäumt hat, aber mit seiner Argumentation unterlegen ist, also z. B. auf den obergerichtlichen Rekursalentscheid (Z. XX, 274, Nro. 84.) Das ist nun nach dem jetzigen Wortlaut des Paragraphen wohl zweifellos.

3. Für den Umfang der Pflicht zur Rückgabe sind die Art. 73 und 74 des schweiz. OR. maßgebend.

4. Zum Beweise der Grundlosigkeit der Forderung genügt der Nachweis der Nichtexistenz des Grundes, auf welchen sie gestützt wurde. (Z. XXIII, 172, Nro. 60.)

Konkurs der Gläubiger.

§ 1095.

[1013]. Wird wegen Insolvenz des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so werden die sämmtlichen Gläubiger dieses Schuldners je nach der Klasse und dem Betrage ihrer Forderungen aus der Konkursmasse soweit befriedigt, als diese zureicht. Der Schuldner bleibt ihnen aber für den Rest haftbar.

1. Vgl. das Gesetz betr. das Konkursverfahren vom 29. Oktober 1871 (Off. S. Bd. XVI, 238.)

§ 1096.

[896]. Ein Vorzugsrecht am ganzen Vermögen des Gemeinschuldners steht zu:

a. dem Vögtlinge für die aus der Vormundschaft herrührenden Forderungen an den Vormund, die Mitglieder der Vormund-

schaftsbehörden, den Familienvogt und dessen Garanten, und ebenso den noch unter Vormundschaft des Vaters stehenden Kindern für ihr von dem Vater verwaltetes Vermögen, im Konkurse dieser Personen;

b. der Ehefrau für ihre Weibergutsforderung im Konkurse des Ehemannes.

1. Gewisse Arten von Forderungen bedürfen und verdienen einen besondern Schutz und eine erhöhte Sicherheit, ungeachtet der Gläubiger dafür nicht durch Forderung einer Pfandbestellung sorgt oder sorgen kann. Das Gesetz gewährt dann eine von Rechtes wegen eintretende Sicherheit und es entstehen so gesetzliche Pfand- und Vorzugsrechte. Von Pfandrechten ist in § 332 die Rede, von Vorzugsrechten hier; jene sind dingliche Rechte, welche von ihrer Entstehung an wirksam werden, diese sind bloße Konkursprivilegien.

2. Den Vögtlingen u. s. f. Es ist das sogenannte Vorrecht des Vogtgutes (Vgl. §§ 677 und 848, Z. IV 178.) Die Vögtlinge bedürfen eines gesetzlichen Schutzes, da sie persönlich nicht fähig sind, sich selber zu schützen. Hat der Vater etwa die Nutznießung an dem Muttergute der Kinder, erst nachdem diese aus seiner Vormundschaft ausgetreten oder entlassen sind, erworben, und haben diese ihm, ohne Sicherheit zu fordern (§ 291), das Muttergut anvertraut, so haben sie dafür kein Vorzugsrecht. Dieses wird nur insoweit gestattet, als es zur Realsirung der aus Vormundschaft entstandenen Forderungen verhilft. Die volljährigen Kinder können für sich selber sorgen. Das Vorzugsrecht bezieht sich überdem nicht auf alle Forderungen eines Vögtlings an den Vormund, z. B. aus Darlehn, sondern nur auf diejenigen Schulden desselben, welche aus dem Vormundschaftsverhältniß herrühren. (Z. VI, 302.) Es dauert auch nach Beendigung der Vormundschaft so lange fort, als die Vögtlinge oder deren Vertreter Zeit bedürfen, um ihre Forderungen mit Beobachtung der gesetzlichen Fristen und Pietätsrücksichten realisiren zu können (Z. IV, 223), ebenso, wenn das Waisenamt während der Dauer der Vormundschaft Mündelgeld von sich aus dem Vormund überläßt oder wenn sich der Vögtling für sein Guthaben an den Vormund von diesem einen Wechsel geben läßt (Z. XXIII, 160, Nro. 53); dagegen nicht, wenn nach Beendigung der Vormundschaft dem Vormund das Vogtgut ohne Grund weiter überlassen wird (B. XIX, 166; Z. I, 314, Erw. 3; IV, 223, Nro. 78), noch wenn die Schuld aus vormundschaftlicher Verwaltung in eine Darlehensschuld umgewandelt wird. (Z. XVII, 26.)

3. Der Ehefrau. (Vgl. § 611.) Auch die Erben der Ehefrau haben das Vorzugsrecht für die noch nicht realisirte Weibergutsforderung. (Z. I, 313) und ebenso hat es die Wittwe gegenüber den Erben des Mannes, falls sie nicht etwa diesen ihr Weibergut als laufende Forderung anvertraut hat. (OG. 1872, Nro. 12). Dasselbe steht aber dem Vorzugsrechte des Vogtgutes nach, weil die Frau doch eher als die andern Vögtlinge für ihre Sicherheit sorgen kann (§ 604). Für die Spargutsforderung der Frau besteht dieses Vorzugsrecht nicht, weil sie darüber selbständig verfügen kann. (B. II, 108, Nro. 37; X, 39, Nro. 10, 151, Nro. 22; Z. IV, 449, VI, 341); die Frau kann aber ihr Spargut dem Manne zu Weibergut übergeben und dann hat sie dafür das Privilegium (Z. XX, 142). Wo ein anderes eheliches Güterrecht, z. B. der Gütergemeinschaft zur Anwendung kommt, fällt natürlich dieses Vorzugsrecht weg. (Z. I. 168.)

4. Dieses Privilegium besteht auch für den Ersatz des Schadens, welchen die Frau in Folge dessen erleidet, daß der Mann eines ihrer Grundstücke mit ihrer Einwilligung verpfändet hat. (Z. XXII, 113.)

5. Durch den Konkurs wird das Vorzugsrecht konsumirt, so daß es in einem späteren Konkurs nicht wieder geltend gemacht werden kann. (Z. XIX, 218.)

6. Früher hatten auch die Forderungen „mit ausgetriebenen Rechten", welche durch den Rechtstrieb keine oder keine hinreichenden Pfänder erhalten hatten, ein Vorzugsrecht. Dieses Privilegium wurde aber schon 1854 aufgehoben.

§ 1097.

[897]. An der vorhandenen fahrenden Habe des Gemeinschuldners besteht ein Vorzugsrecht:

a. zu Gunsten der Dienstboten für den laufenden und einen fälligen Halbjahrlohn;

b. für Arzt-, Apotheker-, Hebammen- und Thierarztkosten, welche ein Jahr von der Eröffnung des Konkurses rückwärts gerechnet dem Gemeinschuldner zur Last fallen, ebenso für die Beerdigungskosten, ferner für den laufenden und einen fälligen Halbjahrlohn der Schreiber, Kommis u. drgl., und ebenso für den ausstehenden Lohn der drei letzten Monate vor Eröffnung des Konkurses zu Gunsten der Gesellen, Fabrikarbeiter und Taglöhner gegenüber dem Dienstherrn;

c. zu Gunsten des Kostgebers für das Kostgeld der drei letzten Monate.

1. Fahrende Habe, s. § 58 Abs. 2, Fahrhabe.

2. Zu lit. a. Es ist gleichgültig, ob der Lohn des Dienstboten nach längeren oder kürzeren Fristen berechnet wird, nur muß der Betreffende auf die Dauer angestellt sein zum Unterschied vom Taglöhner (B. XI, 378, Nro. 21).

3. Zu lit. b. Das Privilegium der Aerzte u. s. w. findet seinen Grund darin, daß die Sitte die Hülfe dieser Personen auf jedes Begehren erheischt und die sofortige Forderung der Bezahlung hindert. Zu den Arztkosten gehören auch die der ärztlichen Hülfspersonen, der Schärer, Krankenwärter.

4. Die Beerdigungskosten, natürlich nur die den Verhältnissen angemessenen (für den „Todtenbaum", die Leichenbitterin, die Leichenträger, die Todtengräber und die nothwendigen kirchlichen Gebühren).

5. Schreiber. Absichtlich wurde das Wort Commis zur Erklärung hinzugefügt, um auch die kaufmännischen Schreiber zu sichern, gemäß der früheren Gerichtspraxis (B. I, 23; XIV, 430, Nro. 82). Die Kanzlisten der öffentlichen Bureau's, die von den Kanzleichefs angestellt und bezahlt werden, gehören auch hieher.

6. Halbjahrlohn. Dagegen nicht für die Forderung von Schadenersatz für vorzeitige Entlassung (B. VIII, 295; Z. XIX, 221, Erw. 2 u. 3.)

7. Gesellen, Fabrikarbeiter, Tagelöhner. Dieses Vorzugsrecht ist durch das privatr. GB. im Interesse der Arbeiter neu eingeführt worden, die so wenig als die Dienstboten in der Lage sind, den Dienstherrn um Sicherheit anzugehen und daher des Schutzes der Gesetzgebung bedürfen. Es wurde hier aber eine kürzere Frist angenommen, weil die Löhnung dieser Arbeiter regelmäßig nach Tagen, Wochen oder höchstens Monaten berechnet wird.

8. Dagegen sind die zahlreichen Privilegien, welche noch das Stadt- und Landrecht, Thl. X, § 27, S. 148 für die sogenannten (ausgezeichneten) „Lidlöhne" gewährt hat, wie die unverjährten Lohnforderungen der „Wagner" und „Schmiede" für Feldgeräthschaften, der „Ziegler" für die Ziegel und für Kalk, der „Weber", der „obrigkeitlichen Vögte" (Vormünder), als den jetzigen Verkehrsverhältnissen nicht mehr entsprechend, abgeschafft worden.

9. Der Fergger hat kein Privilegium; das Verhältniß zwischen ihm und dem Geschäftsherrn ist das der Kommission; er zahlt seine Löhne als Vorschuß für den Fabrikanten. (Urth. v. St. Gallen in Zeitschr. f. schweiz. R. XVIII, 21.)

10. Lit. c. Diese Bestimmung ist neu. Es schien der Kommission ein solcher Schutz für die Kostgeber nothwendig zu sein, da sie in der Regel das Retentionsrecht des Vermiethers nicht geltend machen können. (Vgl. § 401, 3.)

§ 1098.

[899, 901, 902]. Die Vorzugsrechte gehen sämmtlichen Pfandrechten nach. Sie werden nach folgenden Klassen geordnet:

a. Kostgeldforderungen nach § 1097 lit. c;
b. Lohn der Dienstboten (§ 1097 lit. a);
c. die übrigen auf die Fahrhabe verwiesenen privilegirten Forderungen (§ 1097 lit. b);
d. die Forderungen aus obrigkeitlicher, Familien- oder väterlicher Vormundschaft (§ 1096 lit. a);
e. die Weibergutsforderung (§ 1096 lit. b).

Vorzugsrechte der nämlichen Klasse stehen unter sich, ohne Rücksicht auf ihre Entstehungszeit, in gleichen Rechten.

1. Die speziellen Pfandrechte haben immer den Vorzug, ob sie nun durch kanzleiische Fertigung an Liegenschaften oder in Form des Faustpfandes oder der pfandbüchlichen Verpfändung und Pfändung entstanden sind. Durch diese Bestimmung wird der auf der Spezialität des Pfandrechtes beruhende Kredit geschützt.

2. Ueber diese Rangordnung haben hauptsächlich zwei Erwägungen entschieden, einmal, daß das enger begrenzte Vorzugsrecht dem weiteren vorgehe, sodann daß die größere Schutzbedürftigkeit der Gläubiger vorgehende Beachtung verdiene.

3. Das alte zürcherische Recht machte weitere Unterschiede. So setzte es, wenn der in Konkurs gerathene Mann zwei Weibergüter schuldete, eines an die Erben der verstorbenen ersten Frau und eines an die lebende zweite, die erstere Forderung der letztern vor (Stadt- und Landrecht Thl. X, § 40, S. 155). Die jetzige Bestimmung

ist aber einfacher und entspricht besser der gleichartigen Natur dieser Forderungen und der Natur des erst im Konkurs wirkenden Schutzes.

§ 1099.

[1014]. Durch die Eröffnung des Konkurses verliert der Gemeinschuldner die Verfügung über seine Güter, und es tritt eine öffentliche unter der Kontrole des Konkursgerichtes stehende Verwaltung derselben ein.

1. Eröffnung des Konkurses s. Gesetz betreffend das Konkursverfahren vom 29. Oktober 1871 (Off. S. Bd. XVI, 238, §§ 22 ff.)

2. Demzufolge ist jede nach der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner (Kridar) vorgenommene Veräußerung, so auch die Cession einer Forderung ungültig. (B. XIX, 157; Z. XV, 98, Nro. 30; XXII, 302.) In wie weit aber der gutgläubige Erwerber dennoch in seinem Erwerbe geschützt wird, das richtet sich nach den Vorschriften des schweiz. OR.

3. Durch die spätere Aufhebung des Konkurses wird eine solche Veräußerung, die nicht auf diesen Fall hin geschehen ist, nicht gültig (Z. V, 70.)

4. Mit der Konkurseröffnung geht indessen keineswegs das Eigenthum an den Sachen des Kridars auf seine Gläubiger über. (Z. III, 202); dagegen ist vom Obergericht erklärt worden, daß der Kridar mit diesem Momente den Besitz an seinen Sachen verliere. (Z. XXII, 195, Nro. 115.)

§ 1100.

[1015]. Nach Ablauf der Frist zur Anmeldung der Ansprachen und vor der Vertheilung der Konkursmasse, beziehungsweise wenn nicht genügende Aktiven vorhanden sind, bis zur Erledigung des Konkurses ist dem Schuldner gestattet, mit den Gläubigern über einen Nachlaßvertrag zu unterhandeln. Kommt dieser allseitig zu Stande, so wird das Konkursverfahren aufgehoben.

1. Nachlaßvertrag oder Akkommodement. Die Worte „Nach Ablauf der Frist zur Anmeldung der Ansprachen" sind neu; sie entsprechen aber dem § 141 des Konkursgesetzes. Selbstverständlich sind Unterhandlungen dem Gemeinschuldner schon vorher gestattet; aber es soll durch jene Worte, die erst von der Redaktionskommission beigefügt worden sind, gesagt werden, daß die Aufhebung des Konkurses jedenfalls erst nach Ablauf der Eingabefrist geschehen dürfe. Es müssen also im Falle dieses Paragraphen alle Konkurskreditoren zugestimmt haben, nicht nur die wenigen, die etwa im Beginne der Frist ihre Eingaben gemacht haben.

2. Vor Vertheilung ..... bis Erledigung. Der alte § 1015 sagte „vor der Verrechtfertigung", und diese kommt nicht mehr vor. Statt dessen ist hier der Wortlaut des oben in § 1092 aufgehobenen § 141 des Konkursgesetzes aufgenommen worden. Ueber die Erledigung bei ungenügenden Aktiven s. Konkursgesetz § 24.

3. Kommt zu Stande, nämlich nach § 140 des Konkursgesetzes, wenn sämmtliche Gläubiger entweder mit der Aufhebung einverstanden oder ihre Forderungen durch

Real- oder Personalkaution (Bürg- und Selbstzahlerschaft von 2 habhaften Kantonseinwohnern) sicher gestellt sind.

4. Der Konkurs bleibt aufgehoben, auch wenn nachher der Gemeinschuldner oder sein Bürge die durch den Nachlaßvertrag übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt. (Z. XIII, 299.)

5. Ein solcher Nachlaßvertrag kann auch von den Erben des in Konkurs gerathenen Verstorbenen geschlossen werden. (Z. II, 394; XVIII, 119, Nro. 62.)

§ 1101.

[1016]. Wenn die Mehrheit der Gläubiger, welche zugleich die Mehrheit der Forderungen repräsentirt, sich für die Grundlage und die Bedingungen des Nachlaßvertrages erklärt hat, und dieselben überdies dem Konkursgerichte den Umständen gemäß und billig erscheinen, so ist die Minderheit gehalten, sich mit demselben ebenfalls zu befriedigen.

Dabei haben die Gläubiger nur insoweit ein Stimmrecht auszuüben, als ihre Forderungen nicht hinreichend gedeckt sind. Ein Streit darüber wird durch einfachen Beschluß des Konkursgerichtes erledigt.

1. Dies ist der sogen. Zwangsnachlaßvertrag, Zwangsakkommodement, vgl. Konkursgesetz §§ 143—152, von denen aber die §§ 146 und 151 nach obigem § 1092 aufgehoben sind.

2. Bluntschli sagt: „Die Einführung dieses Grundsatzes in unser Recht ist neu Bisher konnte ein einzelner Gläubiger willkürlich den Abschluß des Nachlaßvertrages hindern, auch wenn alle übrigen Gläubiger eingewilligt hatten und durch dieses Hinderniß in ihren Interessen gefährdet wurden. Die Folge war daher, daß man durch Zuwendung besonderer (oft geheimer) Vortheile den Widerspruch zu überwinden suchte und so der hartherzigste und eigennützigste Gläubiger in weit besserer Lage war als alle andern. Es ist aber ein durchaus billiges Prinzip, daß, was die Mehrheit der Gläubiger, die zugleich auch am meisten betheiligt und in Folge des Konkurses ihres Schuldners in eine unwillkommene Gemeinschaft gerathen sind, sich gegenüber für annehmbar und billig erkläre, auch die Minderheit sich gefallen lassen solle. Im Großen Rathe fand die Bestimmung einigen Widerspruch, wurde aber mit Mehrheit gutgeheißen.

3. Nicht hinreichend gedeckt. Die vollständig, sei es durch Unterpfänder oder Bürgschaft oder durch Vorzugsrechte oder durch Gegenforderungen gedeckten Gläubiger werden dabei nicht gerechnet, (Z. II, 397, Nro. 81; IV, 233, Nro. 88), weil sie ohnehin zur vollen Bezahlung ihrer Schuld gelangen, wohl aber die nur theilweise gedeckten, indem sie mit Bezug auf den nicht gesicherten Theil ihrer Forderung den laufenden Gläubigern gleich stehen und das nämliche Interesse wie diese an dem Zustandekommen des Nachlaßvertrages haben. Allerdings kann darüber leicht Zweifel entstehen, ob eine Forderung genügend oder ungenügend gedeckt und inwieweit letzteres anzunehmen sei. Diese Zweifel sind aber in Vermeidung aller weitläufigen Erörterungen kurzweg nach einfacher Erwägung der Wahrscheinlichkeit durch das richterliche Ermessen und in Form nicht eines Urtheils, sondern eines bloßen Beschlusses zu erledigen."

4. Das Akkommodement gilt nicht für nicht angemeldete Forderungen (Z. IX, 325; X, 74); aber es ist nicht zulässig, etwa um demselben nicht unterworfen zu werden, eine im Konkurs angemeldete Forderung wieder zurückzuziehn (Z. XVIII, 120, 122.)

5. Das Gericht hat ein Zwangsakkommodement zu 20 % der Forderungen, welches eine Fallitenfrau als Gemeinschuldnerin verlangte, gebilligt (Z. XII, 177) sonst aber erklärt, daß es bei nur 20 % nur ganz ausnahmsweise die Billigung ertheile und sogar ein solches von 30 % verworfen. (Z. V, 211, Nro. 40 und 41; XI, 299; XIII, 297, Nro. 61; XV, 182, Erw. 3; XX, 257, Erw. 4.) Später ist es aber milder geworden und nicht nur bei 20 % geblieben (Z. XXV, 358 f.), sondern sogar bis auf 10 % heruntergegangen in einem Falle, wo ein einziger von vielen Kreditoren die Zustimmung verweigerte (Z. XXV, 360.) Von einem Angebot von 6 % hat dagegen das Gericht einmal erklärt, es klinge fast wie Hohn (Z. V, 209, Nro. 39; 215, Nro. 42.) Auch ein Zwangsakkommodement mit unbestimmten, nach der Schätzung des Massakurators aber jedenfalls auf 50 ansteigenden Prozenten ist gebilligt worden. (Z. XXV, 363.)

6. Ein Pfandgläubiger, der den ungedeckten Theil seiner Forderung nicht als laufende Forderung im Konkurs angemeldet hat, ist mit demselben dem Zwangsnachlaßvertrag nicht unterworfen. (Z. XVIII, 124, Nro. 65.)

7. Das Gericht soll von Amtes wegen Sicherstellung für die Erfüllung der Akkommodementsverpflichtungen verlangen. (Z. IV, 233; XXII, 126.)

8. Die bloße Erklärung eines Gläubigers, daß er den Konkurs des Schuldners nicht verlange, ist noch nicht Zustimmung zum Nachlaßvertrag. (Z. II, 397; IV, 233.)

§ 1102.

[1017]. Wenn der Nachlaßvertrag auf unredliche Weise zu Stande gekommen ist, z. B. indem Forderungen zustimmender Gläubiger zu diesem Behufe fingirt oder einzelne Gläubiger heimlicher Weise durch weitere Begünstigung vor den übrigen von Seite des Gemeinschuldners zur Zustimmung bewogen worden sind, so ist derselbe für die übrigen Gläubiger nicht verbindlich.

1. Die meisten Gläubiger, die zu einem Nachlaßvertrag freiwillig die Hand bieten, thun das nur unter der Voraussetzung gleichmäßiger Behandlung mit den übrigen in gleichen Verhältnissen befindlichen Gläubigern, und die welche nach § 1101 genöthigt werden, einen von der Mehrheit gebilligten Nachlaßvertrag anzunehmen, werden unter der nämlichen Voraussetzung dazu angehalten. Sie haben daher auch ein Recht darauf, daß nicht durch heimliche Verabredungen zu Gunsten einzelner Gläubiger diese Gleichheit gestört und bloß der Schein hergestellt sei, daß diese zu den Bestimmungen des Nachlaßvertrages stimmen, während sie in Wahrheit bessere Bedingungen erhalten haben. Der Nachweis solcher Unredlichkeit befreit daher die übrigen Gläubiger, die zugestimmt haben, von der Pflicht, den Nachlaßvertrag als bindend zu betrachten. Sie können nun wieder ihre volle Forderung geltend machen. Es genügt aber nicht, um Unredlichkeit des Nachlaßvertrags anzunehmen, daß etwa später der Gemeinschuldner einem der Gläubiger doch größere Vortheile zuwende, als die in dem Nachlaß-

vertrag ausbedungenen. Es kann ein Nachlaßvertrag, z. B. zu 50 Prozent ganz redlich für alle Gläubiger verbindlich abgeschlossen worden sein und doch der vormalige Kridar, der nun wieder Herr seines Vermögens geworden ist, später in gutem Glauben einen oder mehrere seiner früheren Gläubiger freiwillig zu hundert Prozent auszahlen, ohne daß die übrigen sich darüber beschweren dürfen.

2. Immerhin ist eine versprochene Begünstigung eines Kreditors nachher erzwingbar. (Z. VII, 116, Nro. 60, Nro. 61; XX, 255.)

3. Die Begünstigung eines Gläubigers von Seite eines Verwandten des Kridars hindert dagegen die Gültigkeit des Zwangsnachlaßvertrages nicht. (Z. XXV, 372, Erw. 6.)

§ 1103.

[1018]. Hat der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses einen Gläubiger absichtlich durch Verschleppung, Veräußerung, Vernichtung von Aktiven oder durch in hohem Grade leichtsinnige Handlungen verkürzt oder ihn zu verkürzen versucht, so ist dieser nicht verpflichtet, einen Nachlaßvertrag anzunehmen.

1. In diesen Paragraphen sind die Worte „oder auf andere Weise" ersetzt worden durch die Worte: „Vernichtung von Aktiven oder in hohem Grade leichtsinnige Handlungen", im Anschluß an den in § 1092 aufgehobenen § 151 des Konkursgesetzes. Solche Handlungen können auch sein Einräumung von Pfandrechten Angesichts des Konkurses, Ausstellung von Wechseln u. dgl. (Z. V, 215, Nro. 43.)

§ 1104.

[1019]. Hat der Gemeinschuldner vor dem wirklichen Ausbruche des Konkurses in der Absicht, die Gläubiger zu schädigen, an einen Dritten, der davon wußte oder wissen mußte, einzelne Vermögensbestandtheile veräußert, so sind die Gläubiger berechtigt, ein derartiges Rechtsgeschäft im Interesse der Konkursmasse nach Maßgabe des Konkursgesetzes anzufechten und die Rückerstattung selbst ohne Entgelt, wenn etwa der Schuldner den empfangenen Preis durchgebracht hat, zu begehren.

Schenkungen, welche der Gemeinschuldner zu einer Zeit gemacht hat, wo er den bevorstehenden Konkurs voraussehen konnte, können auch dann, soweit der Beschenkte bereichert ist, angefochten werden, wenn derselbe von jener Absicht des Gemeinschuldners nichts gewußt hat.

Das Gericht urtheilt in solchen Fällen nach freiem Ermessen in Berücksichtigung der vorliegenden Umstände.

1. Nach Maßgabe des Konkursgesetzes. Diese Worte sind hineingeschoben worden im Hinblick auf das bevorstehende eidgenössische Konkursgesetz.

2. In der Absicht, die Gläubiger zu schädigen. Nur die in fraudem creditorum vorgenommene Veräußerung läßt sich als eine dolose Handlung anfechten. (U. 1614, 1616). Aber nicht jedes Geschäft, das zum Nachtheil der Konkursgläubiger

ausschlägt, ist dolos, und wenn es das nicht ist, kann es auch nicht für ungültig erklärt werden. Wenn gegen den Dritten und den Gemeinschuldner eine Strafklage wegen betrüglichen Bankerotts angehoben, dieselbe aber wieder sistirt worden ist, so ist damit diese Anfechtungsklage noch keineswegs ausgeschlossen. (Z. XVI, 85.) Ueber den Beweis der Absicht des Gemeinschuldners s. Z. XVI, 33, Erw. 25, über den der Kenntniß des Dritten Z. XVI, 34, Erw. 26 u. f., 81, Erw. 2 u. ff.; XXII, 302.

3. Veräußert. Darunter fallen auch Zahlungen, namentlich Uebersendung von Wechseln und andern Werthpapieren (Z. XVI, 30, Erw. 20); ferner Anerkennung oder Nichtbestreitung einer nicht existirenden Forderung (Z. XX, 252, Nro. 72; XXI, 293.) Aber nur dann liegt eine Veräußerung vor, wenn die Sache schon im Vermögen des Gemeinschuldners gestanden hat, nicht wenn er einen Erwerb ablehnt. Z. XXII, 11, Erw. 1. Eine solche liegt dann nicht vor, wenn der Gemeinschuldner eine zu Gunsten eines Dritten lautende für den Fall seines Todes ausgestellte Versicherungspolice abgetreten hat (Z. XXV, 195, Erw. 5 ff.)

4. Im Interesse der Konkursmasse. Die Klage mehrerer Gläubiger, darauf gerichtet, daß der Beklagte ein Kaufsobjekt so weit restituire, als es zur Befriedigung ihrer Forderungen nothwendig sei oder diese Forderungen bezahle, wurde deswegen abgewiesen. (OG. 1879, Nro. 33.).

5. Anzufechten. Es ist dies die sogenannte actio Paulliana des römischen Rechts.

6. Der Umstand, daß die Veräußerung waisenamtlich genehmigt worden ist, schließt die paullianische Anfechtung nicht aus. (Z. VII, 119.)

7. Die Klage wurde gutgeheißen in einem Falle, wo der Konkurs erst zwei Jahre nach der Veräußerung ausgebrochen war. (Z. VII, 118, Nro. 62.)

8. Wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners von diesem mehr als den Betrag seiner fälligen Forderung (s. § 1105) erhalten hat, so kommt mit Bezug auf diesen Ueberschuß in Frage, ob die Voraussetzungen des § 1104 vorliegen. (HB. V, 94.)

9. Anfechtung eines Leibdingsvertrages s. § 489; B. XIX, 128, Nro. 135; Z. VII, 119, Nro. 63.

10. Die erst bei einer solchen Veräußerung erklärte Anerkennung einer Forderung des Dritten an den Gemeinschuldner genügt nicht zu dem Beweis. (Z. VIII, 442; XVI, 88, Erw. 5; XXI, 169, Erw. 11 und 12), ebensowenig die kurz vor Ausbruch des Konkurses geschehene Unterzeichnung einer Pfandverschreibung (Z. XXIV, 120).

11. Zu Abs. 2. Voraussehen konnte. Das Wort „konnte" zeigt, daß es diesfalls strenger zu nehmen ist als in den Fällen des Abs. 1. Von diesem Standpunkte aus ist die Cession einer Lebensversicherungspolice aufgehoben worden. (Z. XXIII, 147, Nro. 46.)

12. Die paullianische Klage ist keine Konkurspendenz. (Z. XXV, 355).

§ 1105.

[1020]. Wenn ein einzelner Gläubiger vor der formellen Insolvenzerklärung des Schuldners oder vor der Konkurseröffnung nur die **Bezahlung seiner fälligen Schuldforderung** empfangen hat und nichts darüber hinaus, so hat er auch dann gegenüber den übrigen Gläu-

bigern nichts verschuldet, wenn er wußte, daß der Schuldner wahrscheinlich in naher Zeit in Konkurs gerathen werde.

Aber auch in diesem Falle tritt für den Schuldner die in § 1103 bezeichnete Folge ein, wenn vorliegt, daß er jenen Gläubiger vor anderen habe begünstigen wollen.

1. Vgl. § 1104, 10. Eine wissentlich falsche Schuldanerkennung dieser Art wird als betrüglicher Bankerott bestraft. (Strafgesb. § 191, Ziff. 2.)

2. Bezahlung. Das geht nicht nur auf die Geldschuld, sondern auch auf die Erfüllung jeder andern Verpflichtung. (Z. XI, 90, Erw. 12; XIX, 447, Erw. 9.)

3. Die Hingabe an Zahlungs Statt ist der Zahlung gleich zu achten. (Z. III, 226; XVI, 82, Erw. 3, XXI, 312, Erw. 3 u. 4.) Ebenso darf der Gläubiger sich Deckung geben lassen (Z. IV, 240, Nro. 94) ein Verkäufer die unbezahlte Waare sich zurückschicken lassen (OG. 1873, Nro. 3; ZGR. I, 201; Kappeler, Entscheid des zürch. Handelsger., 38).

4. Wie verhält es sich bei der nicht fälligen Forderung? Nach römischem Recht gilt bei derselben der Sconto für die Zeit bis zur Fälligkeit als zu viel bezahlt; nach zürcherischem Rechte aber fällt wohl die ganze Zahlung unter § 1104 (vgl. Z. XVI; 31, Erw. 21); dagegen ist eine Deckung eines Bürgen der den Kreditor noch nicht bezahlt hat zulässig (Z. XXI, 168, Erw. 8 u. ff., Erw. 16; XIX, 235, Erw. 3), wie diejenige der Ehefrau für ihr Weibergut (Z. IV, 242, Nro. 95), da in diesem Falle beide ein fälliges Recht auf Sicherstellung haben (Schweiz. OR. Art. 511, Ziff. 3).

§ 1106.

[1021]. Hat der Gemeinschuldner vor dem Ausbruche des Konkurses in der Absicht, die auf dem Wege des ordentlichen Rechtstriebes angedrohte Pfändung unwirksam zu machen, durch Einräumung von Wechselrechten und des damit verbundenen schnellen Rechtstriebes oder auf andere ähnliche Weise einem anderen Gläubiger Deckung verschafft, so kann der Richter nach freiem Ermessen auch ein derartiges, den übrigen Gläubigern nachtheiliges Geschäft für ungültig erklären.

1. Der Mißbrauch kommt öfter vor, daß Gemeinschuldner die bevorstehende gerichtliche Pfändung unwirksam zu machen suchen, indem sie zu Gunsten eines befreundeten Dritten einen Wechsel ausstellen und sich dann von diesem durch den schnellen Rechtstrieb pfänden lassen. Der Gläubiger, welcher den ordentlichen Rechtstrieb angewendet hatte, kommt dann zu spät, indem die Habe des Schuldners bereits dem Wechselgläubiger zugeschrieben ist. Der Richter wird nun ermächtigt, auch einer solchen Benachtheiligung entgegen zu treten und diese dolos veranstaltete Pfändung für ungültig zu erklären. Indessen muß der Richter sich hier doch sehr vor eigenmächtiger Nichtigerklärung hüten. Er kann am ehesten dann helfen, wenn Gründe zu der Annahme vorliegen, daß der Wechselgläubiger mit dem Schuldner unter Einer Decke spiele; aber es wäre dem ganzen Charakter des Wechselrechtes zuwider und mit der Sicherheit des Wechselverkehrs unverträglich, wenn ein Richter den redlichen spätern Indossaten eines solchen Wechsels hindern wollte, sein Wechselrecht zu üben und den Wechsel-

schuldner, der nicht zahlt, pfänden zu lassen. Es verhält sich damit, wie mit Wechseln, die in wucherlicher Absicht gemacht werden. Zum Nachtheil des Wucherers darf wohl die Strenge des Wechselrechts suspendirt werden, nicht aber zum Nachtheil redlicher Nachfolger desselben.

2. Oder auf andere ähnliche Weise. Z. B. durch Hingabe von Faustpfändern, Abtretung eines Erbtheils (Z. XXIII, 149, Nro. 47).

3. Dieser Paragraph bildet eine Ausnahme von der Regel des § 1105. Das Obergericht erklärte darum eine analoge Ausdehnung desselben für unzulässig (Z. IV, 239, Nro. 92 und 240, Nro. 94; V, 80), so auch eine Ausdehnung auf den Fall, wo es sich um konkurrirende Ansprüche auf einen Versilberungserlös handelt (ZGR. I, 539). Später aber dehnte es ihn doch aus auf den Fall, wo bei Ausstellung des Wechsels ein Rechtstrieb noch nicht angehoben war (Z. XIX, 233); schließlich hat es jedoch diese Ausdehnung wieder ausdrücklich abgelehnt (HB. VI, 297). Dagegen wurde erklärt, es komme nicht darauf an, ob zur Zeit der Ausstellung des Wechsels, sondern darauf, ob zur Zeit der Wechselpfändung schon ein Rechtstrieb pendent sei. (Z. XXII, 124, Nro. 69, 273.)

4. Das Klagerecht steht allen Gläubigern, nicht nur demjenigen, zu dessen Gunsten hätte gepfändet werden sollen, zu (Z. XXI, 171, Erw. 18.) Es ist auch nicht nothwendig, daß gerade derjenige Gläubiger, dem die Wechselpfändung zuvorkommen sollte dadurch zu Schaden gekommen sei (Z. XX, 29; XXI, 171; XXIII, 32, Erw. 5—9).

5. Die Voraussetzungen dieses Paragraphen treffen dann nicht zu, wenn das Rechtsgeschäft in Folge gerichtlichen Zwanges geschlossen worden ist. (Z. XXIII, 27.)

6. Eine Deckung, die lediglich an Stelle einer andern, gleich guten, tritt, kann nicht angefochten werden. (Z. XX, 27; XXI, 171; XXII, 121, Nro. 67, 122, Nro 68.)

§ 1107.

[1023]. Kommen dem Gemeinschuldner während des Konkurses neue Aktiven, z. B. eine Erbschaft zu, so sind dieselben von Amtes wegen zur Konkursmasse zu ziehen und zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden.

1. Von Amts wegen, also auch ohne Begehren der Gläubiger, sobald das Konkursgericht irgendwie Kenntniß davon erhält, daß noch weiteres Vermögen des Gemeinschuldners da sei. Die Konkursmasse, welche zur Vertheilung kommt, umfaßt das ganze vorhandene Aktivvermögen des Gemeinschuldners.

2. Dies schließt das Recht eines einzelnen Konkurskreditors, für seine Forderung allein Befriedigung aus solchen Aktiven zu verlangen, also auch einen Rechtstrieb zu diesem Zwecke, aus. (Z. XX, 387, Nro. 153.)

§ 1108.

[1024]. Dagegen ist über Vermögen, welches erst nach Beendigung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner erworben oder bei ihm gefunden wird, nur auf bestimmtes Begehren eines zu Verlust gekommenen

Gläubigers desselben Konkurs zu eröffnen. Der Gemeinschuldner kann überdies dadurch, daß er den Eröffnung des Konkurses verlangenden Gläubiger vor der Ausschreibung desselben befriedigt, den erneuerten Konkurs abwenden. Ausgenommen sind die Fälle, in denen sich ergibt, daß der Gemeinschuldner durch Verschleppung oder Verheimlichung von Vermögensbestandtheilen die frühere Konkursmasse beeinträchtigt hat.

1. Bluntschli sagt: „Diese Bestimmung enthält eine Abänderung der bisherigen Praxis, nach welcher auch über das nach durchgeführtem Konkursverfahren dem Gemeinschuldner anfallende Vermögen immer wieder von Amtswegen Konkurs eröffnet ward. Diese Praxis zog oft große Uebel nach sich. Wenn ein Fallit durch angestrengten Fleiß wieder einiges Vermögen erwarb und so Hoffnung haben konnte, allmälig wieder zu Kräften zu kommen, so wurden durch das Einschreiten des Gerichtes, das sich dazu für verpflichtet hielt, seine Bemühungen fruchtlos gemacht und er neuerdings in die nothdürftigste Lage versetzt. Dieses strenge Verfahren hatte für ihn verderbliche Folgen und kam auch den Gläubigern nur wenig zu Statten. Die Aussicht auf die beständig drohende Gefahr war an sich schon geeignet, den Gemeinschuldner moralisch zu lähmen. Es schien daher weit besser, den Gläubigern selbst die weitere Verfolgung ihres Schuldners anheim zu stellen. Beruhigen sich jene dabei, — und es liegt in ihrem Interesse, erst den Schuldner erstarken zu lassen, damit er sie dann leichter befriedige, — so hat das Gericht kein Interesse und keine Veranlassung, einzuschreiten. Kommt der Schuldner zu größerem Vermögen, so kann das ohnehin nicht unbekannt bleiben, und dann werden sich die Gläubiger schon melden und Zahlung fordern.

2. Die Ausnahme wird durch das dolose Benehmen des Gemeinschuldners gerechtfertigt, der dann keine Schonung verdient."

3. Vgl. Konkursgesetz § 23.

4. Der Gläubiger hat in diesem Falle nachzuweisen:

a. daß er Gläubiger des Betreffenden ist; dabei genügt der Umstand nicht, daß die Forderung im früheren Konkurse unbestritten geblieben oder eine angehobene Bestreitung wieder zurückgezogen worden ist (Z. II, 253; III, 193, Erw. 4; IX, 327, Nro. 78; XII, 181, Nro. 88);

b. daß er in dessen Konkurs zu Verlust gekommen ist;

c. die Wahrscheinlichkeit, daß der Gemeinschuldner wieder Vermögen erworben hat. (Z. XV, 183; XXV, 337; OG. 1878, Nro. 11; 1884, Nro. 22). Daß er solches auch bei der neuen Konkurseröffnung noch besitze, braucht nicht nachgewiesen zu werden. (OG. 1885, Nro. 4.)

5. Der Paragraph gilt auch gegenüber denjenigen, die nicht im Aktivbürgerrecht eingestellt worden sind. (Z. XXI, 261.)

6. Er gilt auch, wenn zwar schon früher vorhandene aber damals noch unentbehrliche Betten entbehrlich werden (Z. XXII, 128, Nro. 71.)

7. Er gilt nicht für neue, seit dem durchgeführten Konkurs entstandene Schulden. (Z. XXV, 337.) Dagegen kommt darauf nichts an, ob der alte Gläubiger im früheren Konkurse seine Forderung angewendet habe oder nicht. (Z. XXV, 338; OG. 1884, Nro. 22.)

8. Wenn einem solchen Schuldner in Folge Erbschaft Vermögen anfällt, so muß der Gläubiger um zu seiner Befriedigung zu gelangen nicht nothwendig Eröffnung eines Nachkonkurses fordern, sondern er kann auch einen Arrest auswirken und den Rechtstrieb auf Pfändung anheben. (OG. 1886, Nro. 12.)

9. Die Mehrheit des Obergerichtes hat diesen Paragraph auch auf einen mit einem St. Gallischen Glücksschein versehenen Gläubiger anwendbar erklärt. (Z. XXI, 245), während die Minderheit von ihm den Nachweis des Glücksfalles forderte. (Das. 246.)

Zürich, den 19. April 1887.

Im Namen des Kantonsrathes:
Der Präsident:
Dr. Römer.
Der erste Sekretär:
J. Nußbaumer.

Nachtrag.

Zu § 386.

Die oben in Anm. 2 zu § 386 ausgesprochene Ansicht ist in der kantonsräthlichen Kommission, Sitzung vom 22. Dezember 1886, geäußert worden und unwidersprochen geblieben. Allein bei näherer Prüfung erweist sie sich als inkonsequent und auch mit dem Kreisschreiben des Obergerichtes vom 24. Dezember 1887 nicht vereinbar. Ich möchte daher die genannte Anmerkung folgendermaßen abändern:

2. Findet sich unter den Aktiven eines Konkursiten ein ungelöschter Brief, dessen Schuldner der Konkursit selber ist, so ist dieser Brief unter die Konkursaktiven aufzunehmen und wie ein anderer Werthtitel zur Versteigerung zu bringen.

Anhang.

Die Paragraphen des alten Gesetzbuches finden sich im neuen wie folgt:

Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz
1	1	40	32	122—124	—
2	—	41	33	125	583
3	3 u. 4	42	—	126	584
4	2	43	34	127	585
5	—	44	—	128	586
6	5	45	35	129	587
7	6	46	36	130	588
8	7	47	37	131	647
9	8	48	38	132	648
10	9	49	39	133	649
11	—	50	40	134	650
12	10	51	41	135	652
13	11	52	42	136	651
14	12	53	—	137	653
15	13	54	43	138	589
16	14	55	44	139	590
17	15	56	45	140	591
18	16	57	46	141	592
19	—	58	47	142	593
20	18	59	576	143	594
21	20	60	577	144	597
22—26	—	61	—	145	598
27	17	62	578	146	599
28	21	63	577	147	600
29	22	64	686 u. 689	148	600
30	23	65	579	149	601
31	24	66	—	150	602
32	25	67	580	151	621
33	26	68	581	152	603
34	27	69	582	153	604
35	28	70—114	—	154	605
36	—	115	642, 646	155	606
37	29	116	644	156	607
38	30	117—120	—	157	608
39	31	121	644	158	609

Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz
159	610	236	715	282	684
160	611	237	716	283	684
161	612	238	717	284	697
162	613	239	718	285	698
163	614	240	719	286	698
164	615	241	720	287—290	—
165	616	242	721	291	701
166	617	243	722	292	697
167	618	244	723	293	702
168	619	245	724	294	703
169	622	246	725	295	705
170	622	247	726	296	706
171	622	248	727	297	694
172	623	249	728	298	696
173	—	250	729	299	704
174	620	251	654	300	—
175—201	—	252	655	301	699 u. 700
202	624	253	659	302	686
203—206	—	254	660	303	688
207	600	255	662	304	690
208	—	256	656	305	691
209	—	257	663	306	692
210	625	258	654	307	—
211	626	259	657	308	693 u. 705
212	627	260	658	309	688
213	628	261	664	310	695
214	629	262	665 u. 666	311	645
215	630	263	667	312	—
216	631	264	668	313	—
217	632	265	669	314	711
218	633	266	670	315	712
219	634	267	671	316	713
220	635	268	672	317	730 u. 731
221	636	269	673	318	732
222	—	270	674	319	733
223	637	271	675	320	734
224	638	272	676	321	735
225	639	273	661	322	736
226	640	274	677	323	737
227	641	275	678—680	324	738
228—230	—	276	679	325	739
231	707 u. 708	277	678	326	740
232	709	278	682	327	—
233	710	279	681	328	—
234	—	280	683	329	741
235	714	281	683	330	742

Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz
331	743	377	787	423	833
332	744	378	788	424	834
333	745	379	789	425	835
334	746	380	790	426	836
335	747	381	791	427	837
336	748	382	792	428	838
337	749	383	793	429	839
338	751	384	794	430	840
339	752	385	795	431	841
340	753	386	796	432	842
341	754	387	796	433	843
342	755	388	797	434	844
343	756	389	798	435	845
344	757	390	799	436	846
345	—	391	800	437	847
346	758	392	801	438	848
347	759	393	802	439—473	—
348	760	394	803	474	48
349	761	395	802	475	49
350	762	396	804	476	50 u. 52
351	763	397	805	477	50 u. 52
352	764	398	806	478	49
353	765	399	807	479	50 u. 52
354	767	400	808	480	50 u. 52
355	768	401	809	481	—
356	769	402	810	482	49, 50, 52, 53
357	770	403	811	483	49 u. 51
358	766	404	812	484	58 u. 59
359	771	405	813	485	60
360	—	406	814	486	61
361	772	407	815	487	62
362	773	408	816	488	64
363	774	409	817	489	65
364	775	410	818	490	66
365	776	411	819	491	67
366	777	412	820	492	68
367	778	413	821 u. 822	493	69
368	779	414	823 u. 824	494	70
369	780	415	825	495	71
370	781	416	826	496	72
371	781	417	827	497	73
372	782	418	828	498	74
373	783	419	829	499	75
374	784	420	830	500	76
375	785	421	831	501	77
376	786	422	832	502	78

Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz
503	79	549	133	601	171
504	80	550	134	602	172
505	81	551	108, 135	603	173
506	82	552	—	604	174
507	83	553	—	605	175
508	84	554	—	606	176
509	85	555	109	607	177
510	86	556	110	608	178
511	87	557	111	609	179
512	88	558	111	610	180
513	89	559	111	611	181
514	90	560	137	612	182
515	91	561	138	613	183
516	92	562	112	614	184
517	93	563	114	615	185
518	94	564	115	616	186
519	95	565	116	617	188
520	96	566—572	—	618	189
521	97	573	139	619	189
522	99	574	140	620	190
523	100	575	141	621	191
524	98	576	—	622	192
525	101	577	143	623	193
526	102	578	144	624	194
527	103	579	145	625	195
528	104	580	146	626	196
529	105	581	147	627	197
530	106	582	149	628	198
531	107	583	151	629	—
532	117	584	153	630	198
533	—	585	154	631	199
534	118	586	152	632	200
535	119	587	150	633	201
536	120	588	155	634	202
537	121	589	156	635	203
538	122	590	158	636	204
539	123	591	160	637	205
540	124	592	161	638	206
541	125	593	162	639	207
542	126	594	163	640	208
543	127	595	165	641	209
544	128	596	166	642—656	—
545	129	597	167	657	210
546	130	598	168	658	211
547	131	599	169	659	212
548	132	600	170	660	213

Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz
661	214	707	257	753	304
662	215	708	258	754	305
663	219	709	259	755	306
664	219	710	260	756	307
665	216	711	261	757	—
666	219	712	262	758	308
667	217	713	263	759	309
668	218	714	264	760	310
669	219	715	265	761	311
670	220	716	266	762	312
671	221	717	267	763	313
672	219	718	268	764	314
673	219	719	269	765	315
674	222 u. 223	720	270	766	316
675	224	721	271	767	317
676	226	722	272	768	318
677	227	723	273	769	319
678	228	724	274	770	320
679	229	725	275	771	321
680	231	726	276	772	322
681	232	727	277	773	323
682	233	728	278	774	—
683	234	729	279	775	324
684	235	730	280	776	325
685	236	731	281	777	332
686	237	732	282	778	328
687	238	733	283	779	326 u. 384
688	239	734	285	780	329
689	240	735	286	781	330
690	241	736	284	782	331
691	242	737	287	783	327
692	243	738	288	784	334
693	—	739	289	785	334
694	244	740	290	786	335
695	245	741	291	787	336
696	246	742	292	788	337
697	247 u. 248	743	293	789	326
698	249	744	294	790	340
699	—	745	295	791	340
700	249	746	296 u. 297	792	338
701	251	747	298	793	339
702	252	748	299	794	342
703	253	749	300	795	343
704	254	750	301	796	344
705	255	751	302	797	572
706	256	752	303	798	345

Altes Gesetz	Neues Gesetz
799	346
800	347 u. 390
801	348
802	350
803	351
804	352
805	352
806	353
807	354
808	355
809	356
810	357
811	—
812	358
813	359
814	360
815	361
816	363
817	364
818	365
819	366
820	367
821	368
822	369
823	370
824	371
825	372
826	373
827	375
828	376
829	377
830	378
831	379
832	380
833	381
834	382
835	—
836	396
837	383
838	383
839	383
840	383
841	383
842	383
843	384
844	388

Altes Gesetz	Neues Gesetz
845	388
846	390
847	391
848	394
849	395
850	393
851	—
852	397
853	398
854—870	—
871	401
872	—
873	402
874	403
875	406
876	—
877	408
878—80	—
881	404
882	405
883	409
884	410
885	407
886	411
887	412
888	413
889—895	—
896	1096
897	1097
898	—
899	1098
900	—
901	1098
902	1098
903—911	—
912	414
913—950	—
951	415
952—1012	—
1013	1095
1014	1099
1015	1100
1016	1101
1017	1102
1018	1103
1019	1104

Altes Gesetz	Neues Gesetz
1020	1105
1021	1106
1022	—
1023	1107
1024	1108
1025—1063	—
1064	425
1065—1076	—
1077	426
1078	428
1079	981
1080	982
1081	983
1082	984
1083	429
1084	430
1085	431
1086	432
1087	433
1088	434
1089	435
1090	436
1091	437
1092	438
1093	439
1094	440
1095	441
1096	442
1097—1213	—
1214	427
1215—1227	—
1228	1094
1229—1365	—
1366	553
1367	554
1368	555
1369	556
1370	557
1371	553 u. 558
1372	559
1373	560
1374	561
1375	562
1376	563
1377	564
1378	565

Altes Gesetz	Neues Gesetz
1379	—
1380	113
1381—1385	—
1386	443
1387—1422	—
1423	444
1424	445
1425	446
1426—1453	—
1454	447
1455	—
1456	448
1457	449
1458	450
1459	451
1460	452
1461	453
1462	—
1463	454
1464	455
1465	456
1466	457
1467	457
1468	458
1469	459
1470	460
1471	461
1472	462
1473	463
1474	464
1475	465
1476	466
1477	467
1478	468
1479	469
1480—1511	—
1512	399
1513—1522	—
1523	399
1524—1545	—
1546	400
1547	470
1548	471
1549	472
1550	473
1551	474

Altes Gesetz	Neues Gesetz
1552	475
1553—1670	—
1671	476
1672	477
1673	478
1674	479
1675	480
1676	481
1677	482
1678	483
1679	484
1680	485
1681	486
1682	487
1683	490
1684	488 u. 489
1685	491
1686	492
1687	493
1688	494
1689	495
1690	491
1691—1694	—
1695	986
1696—1703	—
1704	496
1705	497
1706	498
1707	499
1708	500
1709	501
1710	502
1711	503
1712	504
1713	505
1714	506
1715	507
1716	508
1717	509
1718	510
1719	511
1720	512
1721	513
1722	514
1723	515
1724	516

Altes Gesetz	Neues Gesetz
1725	517
1726	518
1727	519
1728	520
1729	521
1730	522
1731	523
1732	524
1733	525
1734	526
1735	527
1736	528
1737	529
1738	530
1739	531
1740	532
1741	533
1742	534
1743	535
1744	536
1745	537
1746	538
1747	539
1748	540
1749	541
1750	542
1751	543
1752	544
1753	545
1754	546
1755	547
1756	548
1757	549
1758	550
1759	551
1760	552
1761—1815	—
1816	566
1817	—
1818	567
1819	568
1820	569
1821	570
1822	571
1823	572
1824	573

Altes Gesetz	Neues Gesetz
1825	574
1826	575
1827—1829	—
1830	953
1831—1848	—
1849	953
1852	417
1853	418
1854	419
1855	420
1856	421
1857	422
1858	423
1859	424
1860	—
1861	953
1862—1890	—
1891	136
1892	—
1893	849
1894	850
1895	851
1896	852
1897	853
1898	854
1899	855
1900	897
1901	856
1902	857
1903	858
1904	859
1905	860
1906	860
1907	861
1908	862
1909	863
1910	864
1911	865
1912	866
1913	867
1914	868
1915	869
1916	870
1917	871
1918	872
1919	873

Altes Gesetz	Neues Gesetz
1920	874
1921	875
1922	876
1923	877
1924	878
1925	879
1926	880
1927	881
1928	882
1929	883
1930	884
1931	885
1932	886
1933	888
1934	888 u. 889
1935	887
1936	890
1937	—
1938	891
1939	893
1940	—
1941	894
1942	895
1943	898
1944	—
1945	899
1946	900
1947	901
1948	903
1949	903
1950	901
1951	901
1952	—
1953	904
1954	901
1955	905
1956	900
1957	901
1958	902
1959	901
1960	901
1961	901
1962	901
1963	905
1964	906
1965	907

Altes Gesetz	Neues Gesetz
1966	908
1967	909
1968	910
1969	911
1970	912
1971	913
1972	914
1973	915
1974	916
1975	917
1976	917
1977	918
1978	919
1979	920
1980	922
1981	923
1982	924
1983	925
1984	926
1985	927
1986	928
1987	929
1988	930
1989	931
1990	932
1991	933
1992	934
1993	935
1994	936
1995	937
1996	938
1997	939
1998	940
1999	941
2000	942
2001	943
2002	944
2003	945
2004	946
2005	947
2006	948
2007	949
2008	950
2009	951
2010	952
2011	953

Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz	Altes Gesetz	Neues Gesetz
2012	954	2058	997	2104	1043
2013	955	2059	998	2105	1044
2014	956 u. 957	2060	999	2106	1045
2015	957	2061	1000	2107	1046
2016	958	2062	1001	2108	1047
2017	959	2063	1002	2109	1048
2018	960	2064	1003	2110	1049
2019	961	2065	1004	2111	1050
2020	962	2066	1005	2112	1051
2021	963	2067	1006	2113	1053
2022	964	2068	1007	2114	1052
2023	965	2069	1008	2115	1054
2024	966	2070	1009	2116	1055
2025	967	2071	1010	2117	1056
2026	968	2072	1011	2118	1057
2027	969	2073	1012	2119	1058
2028	970	2074	1013	2120	1059
2029	971	2075	1014	2121	1060
2030	970	2076	1015	2122	1061
2031	971	2077	1016	2123	1062
2032	970	2078	1017	2124	1063
2033	970	2079	1018	2125	1064
2034	970	2080	1019	2126	1065
2035	972	2081	1020	2127	1066
2036	—	2082	1021	2128	1067
2037	973	2083	1022	2129	1068
2038	974	2084	1023	2130	1069
2039	975	2085	1024	2131	1070
2040	—	2086	1025	2132	1071
2041	—	2087	1026	2133	1072
2042	976	2088	1027	2134	1073
2043	977	2089	1028	2135	1074
2044	978	2090	1029	2136	1075
2045	979	2091	1030	2137	1076
2046	980	2092	1031	2138	1077
2047	985	2093	1032	2139	1078
2048	987	2094	1033	2140	1079
2049	988	2095	1034	2141	1080
2050	989	2096	1035	2142	1081
2051	990	2097	1036	2143	1082
2052	991	2098	1037	2144	1083
2053	—	2099	1038	2145	1084
2054	992 u. 993	2100	1039	2146	1085
2055	994	2101	1040	2147	1086
2056	995	2102	1041	2148	1087
2057	996	2103	1042	2149	1088

A. Systematisches Inhaltsverzeichniß.

Viertes Buch. **Familienrecht.**

Dritter Abschnitt. Von der obrigkeitlichen Vormundschaft.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Erster Abschnitt. Von der gesetzlichen Erbfolge.

B. Alphabetisches Inhaltsverzeichniß.

A.

C.

D.

E.

G.

H.

J.

K.

L.

M.

O.

Q.

R.

T.

U.

V.

W.